

# MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

## Dirección

José Luis Monereo Pérez  
Francisco Villa Tierno

## Coordinación

Belén del Mar López Insua



**INFORMES  
Y ESTUDIOS**  
RELACIONES  
LABORALES



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA  
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,  
Recursos y Publicaciones**

RET: 24-2.418

Mecanismos e instrumentos  
de flexibilidad interna  
en la negociación colectiva

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS  
Serie Relaciones Laborales Núm. 136

# Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva

## **Dirección**

José Luis Monereo Pérez  
Francisco Vila Tierno

## **Coordinación**

Belén del Mar López Insua

## **Autores**

José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, Belén del Mar López Insua, María Nieves Moreno Vida, Carlos Luis Alfonso Mellado, Juan Gorelli Hernández, Miguel Ángel Almendros González, Gemma Fabregat Monfort, Inmaculada Marín Alonso, Gloria Montes Adalid, José Luis Ruiz Santamaría, José Luis Sánchez Ollero, María Desamparados Bohígues, Mercedes Rodríguez Fernández, Miguel Ángel Gómez Salado, Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Raquel Castro Medina, Sara Guindo Morales

## **Colaboradores**

Aida Cabello Roldán, José Iván Pérez López,  
Alejandro Muros Polo, Sheila López Vico

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<https://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

**Ministerio de Trabajo y Economía Social**  
**Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mit.es](mailto:sgpublic@mit.es)

Internet: [www.mites.gob.es](http://www.mites.gob.es)

NIPO Pdf: 117-24-026-1

NIPO Epub: 117-24-027-7

Maquetación: V.O. infográfica

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN.....	13
<b>A. MARCO GENERAL PARA LA REGULACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. ENTRE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y LA GARANTÍA DE UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE .....</b>	<b>21</b>
<b>B. LA PUESTA EN ESCENA DE LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA.....</b>	<b>39</b>
B.1. Alcance, significación y mecanismos. Una primera aproximación.....	39
B.2. Mecanismos de flexibilidad interna: derecho a un trabajo decente, formación profesional, perspectiva de género y Seguridad Social .....	53
<b>C. DESARROLLO DE LOS DISTINTOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA POST-COVID 19 Y DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA .....</b>	<b>63</b>
C.1. La flexibilidad interna en el ordenamiento laboral español .....	63
C.2. Los acuerdos sobre flexibilidad interna en los diversos AENC .....	67
C.3. Los necesarios equilibrios en materia de flexibilidad interna, el papel de la negociación colectiva y la recepción de los cambios producidos por la pandemia Covid-19 y por los procesos de digitalización.....	77
C.4. Movilidad funcional .....	81
C.4.1. Facultades empresariales y delimitación de funciones.....	81
C.4.2. El reforzamiento del poder de dirección y la flexibilidad interna ante el cambio de funciones .....	89
C.4.3. Regulación legal de la movilidad funcional .....	91
C.4.4. Presupuestos de la movilidad funcional: la clasificación profesional y la polivalencia funcional .....	94
A. La clasificación profesional.....	95
A.1. Grupos profesionales.....	101

A.2. Otros niveles o áreas .....	109
A.3. Otros instrumentos de flexibilidad .....	110
B. La polivalencia funcional .....	111
C.4.5. La movilidad funcional en la negociación colectiva: escasa flexibilidad interna e inexistencia de flexibilidad negociada .....	113
A. Reiteración convencional de los límites legales.....	116
B. Límites adicionales convencionales: idoneidad profesional, formación/adaptación del trabajador o participación de los representantes de los trabajadores.....	118
C. La regulación convencional sobre duración del cambio de funciones y su retribución .....	122
D. Procedimiento reglado para reclamar ascensos.....	126
E. Supuestos particulares de movilidad funcional convencional .....	130
C.5. La movilidad geográfica. Traslado individual y otros mecanismos de flexibilidad .....	133
C.5.1. La movilidad geográfica como instrumento de flexibilidad interna.....	134
C.5.2. Análisis normativo de la movilidad geográfica regulada por el artículo 40 ET.....	136
C.5.2.1. Delimitación de los supuestos de movilidad geográfica regulada por el art. 40 ET.....	136
C.5.2.2. Movilidad estable o definitiva y movilidad temporal: traslados y desplazamientos .....	139
C.5.2.3. Traslados individuales y colectivos.....	141
C.5.2.4. Movilidad geográfica por interés del trabajador: art. 40.3º, 4º y 5º ET.....	142
C.5.3. Traslados en la negociación colectiva: un fenómeno que va más allá de la regulación legal .....	146
C.5.3.1. La movilidad geográfica en la negociación colectiva como fenómeno divergente y confuso respecto de la regulación legal.....	146
C.5.3.2. ¿Cuándo se exige un cambio de residencia? Criterios de determinación en la negociación colectiva.....	152
C.5.3.3. Análisis de la regulación sobre traslados en la negociación colectiva: reglas comunes a traslados colectivos e individuales .....	155
C.5.4. El traslado individual en la negociación colectiva .....	161
C.5.4.1. La posible confusión entre traslados individuales y colectivos.....	161
C.5.4.2. Traslados y negociación colectiva: reglas generales aplicables a todo tipo de traslado (individual o colectivo) y específicas para traslados individuales.....	163
C.5.5. Movilidad geográfica individual por interés del trabajador: recepción por la negociación colectiva de los supuestos legales (reagrupamiento familiar, víctimas, discapacitados).....	169
C.5.5.1. El derecho al traslado en caso de reagrupamiento familiar (traslado previo del cónyuge) .....	170

C.5.5.2. Movilidad geográfica de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo.....	173
C.5.5.3. Movilidad geográfica de personas con discapacidad.....	177
C.5.6. Otros supuestos de movilidad geográfica individual por interés del trabajador (permutas, movilidad a solicitud del trabajador).....	178
C.5.7. Traslados colectivos y desplazamientos .....	183
C.5.7.1. Traslados colectivos y negociación colectiva.....	183
C.5.7.2. Desplazamientos y negociación colectiva .....	192
C.5.7.3. Derechos de prioridad de permanencia .....	204
C.6. La modificación sustancial de condiciones de trabajo (individual y colectiva).....	208
C.6.1. Planteamiento del tema.....	208
C.6.2. La “sustancialidad” de las condiciones de trabajo modificables .....	212
C.6.2.1. Identificación del concepto “sustancial”.....	212
C.6.2.2. Aportaciones de la negociación colectiva.....	215
C.6.3. La “causalidad” de la modificación sustancial .....	223
C.6.4. Procedimientos .....	226
C.6.4.1. Remisiones de la negociación colectiva al art. 41 del TRET y a otras fuentes reguladoras .....	226
C.6.4.2. Requisitos para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual .....	229
C.6.4.3. Procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo.....	230
C.6.5. Efectos .....	247
C.7. Flexibilidad salarial .....	249
C.8. Tiempo de trabajo y adaptación de la jornada.....	260
C.8.1. Introducción.....	260
C.8.2. Una breve aproximación a la regulación del tiempo de trabajo como expresión de adaptabilidad .....	262
C.8.3. Análisis de la negociación colectiva en materia de flexibilidad y tiempo de trabajo.....	264
C.9. Trabajo a distancia y teletrabajo.....	276
C.9.1. El trabajo a distancia y el teletrabajo en la negociación colectiva: una primera aproximación.....	276
C.9.2. Una cuestión de acuerdos .....	278
C.9.3. Análisis de la regulación del trabajo a distancia en los convenios colectivos. ¿una oportunidad desaprovechada? .....	280
C.9.3.1. Los convenios colectivos sectoriales.....	280
C.9.3.2. Convenios colectivos de empresa.....	286
C.10. El mecanismo red .....	290
C.10.1. La búsqueda de flexibilidad laboral en España: una alternativa a los despidos.....	290
C.10.2. La reforma laboral como punto de partida .....	291
C.10.3. El impacto de los acuerdos de negociación colectiva.....	296

<b>D. ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA:</b>	
<b>LA CONFIGURACIÓN FLEXIBLE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CONSTANTE REFORMA. UNA HISTORIA LLEVA DE ALTIBAJOS: EL PAPEL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS. LA ARTICULACIÓN GENERAL O LAS REGLAS DE CONCURRENCIA EN UN PROCESO DE REFORMAS.....</b>	<b>299</b>
D.1. El sistema de articulación general como instrumento de flexibilidad interna.....	299
D.2. Identificación de los sujetos colectivos de representación de los intereses de los trabajadores: legitimación para negociar .....	303
D.3. La ultraactividad del convenio colectivo.....	321
D.4. El principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa .....	330
D.4.1. La concurrencia de convenios: evolución y finalidad .....	330
D.4.2. La intangibilidad de convenios vigentes como regla general.....	336
D.4.3. Las excepciones a la regla general .....	338
D.4.3.1. Primera excepción: concurrencia convencional .....	338
D.4.3.2. Segunda excepción: concurrencia descentralizadora .....	340
D.4.3.3. Tercera excepción .....	342
D.4.3.4. Cuarta excepción .....	343
D.5. El descuelgue empresarial .....	343
D.5.1. Líneas normativas generales del descuelgue o inaplicación de condiciones pactadas en convenio.....	343
D.5.2. Significado del descuelgue: una mayor capacidad adaptativa de las empresas a sus circunstancias como objetivo .....	348
D.5.3. Sobre la posibilidad de establecer límites al descuelgue a través de la negociación colectiva .....	351
D.5.4. Exigencias causales en el descuelgue .....	355
D.5.4.1. Análisis general de la cuestión .....	355
D.5.4.2. Causa económica.....	357
D.5.4.3. Otras causas de descuelgue .....	360
D.5.5. Ámbito material del descuelgue .....	361
D.5.6. Procedimiento de descuelgue .....	369
D.5.6.1. La remisión al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET).....	369
D.5.6.2. El acuerdo de descuelgue y su eficacia temporal y subjetiva .	377
D.5.6.3. Limitaciones a la posibilidad de impugnar el acuerdo de descuelgue.....	380
D.5.6.4. Negociación colectiva y procedimiento de descuelgue.....	382
D.5.7. Descuelgue en casos de falta de acuerdo: las medidas de solución ..	388
D.5.7.1. Mediación y arbitraje voluntario .....	389
D.5.7.2. El descuelgue a través de la CCNCC u órgano autonómico...	392
D.5.8. Resultados de la inaplicación .....	395

<b>E. CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN DURANTE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y CRISIS EMPRESARIALES: EL ROL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS .....</b>	<b>403</b>
E.1. Medidas de flexibilidad interna en supuestos de despidos colectivos en reestructuraciones ordinarias, en situaciones de insolvencia extraconcursal (ET) y concurso de acreedores en situaciones de insolvencia concursal (LC).....	404
E.1.1. La negociación colectiva como mecanismo de flexibilidad interna ante situaciones concursales.....	409
E.1.1.1. El papel de la mediación durante la negociación colectiva ..	410
A. Actuación de las Comisiones Paritarias .....	411
B. Mediación por desacuerdo en los descuelgues empresariales.....	412
C. Bloqueos durante la negociación de un convenio colectivo	413
E.1.1.2. La ley concursal y la reforma de 2022.....	413
E.1.2. Consultas y negociación durante los procesos de reestructuración empresarial. el derecho a consultas ordinarias y a la emisión de un informe previo en caso de reestructuración de plantillas .....	418
E.1.3. Luces y sombras en los procesos de reestructuración empresarial: colectivos vulnerables y brecha digital .....	426
E.2. Colectivos vulnerables y brecha digital.....	431
E.2.1. Precisiones iniciales .....	431
E.2.2. Aproximación conceptual al término “colectivos vulnerables” en el ámbito de las relaciones laborales .....	432
E.2.2.1. El especial tratamiento de los “trabajadores especialmente sensibles” en la LPRL .....	434
E.2.3. Personas trabajadoras con discapacidad .....	438
E.2.3.1. Medidas de flexibilidad interna en la negociación colectiva en relación al colectivo de personas trabajadoras con discapacidad .....	438
E.2.3.2. La flexibilidad como alternativa a la extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad .....	440
E.2.3.3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sobre el tratamiento de la discapacidad .....	441
A. Ámbito subjetivo .....	441
B. Medidas de adaptación .....	446
C. A modo de reflexión conclusiva sobre las medidas de flexibilidad interna adoptadas a través de la negociación colectiva respecto a las personas trabajadoras con discapacidad .....	450
E.2.4. La mujer trabajadora en estado de embarazo, puerperio y lactancia natural.....	451
E.2.4.1. Breves notas sobre aspectos jurídicos esenciales .....	451

E.2.4.2. La protección dispensada en el marco normativo actual de la LPRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico .....	453
E.2.4.3. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica....	455
E.2.4.4. Determinación del alcance de la acción protectora .....	459
E.2.4.5. Notas esenciales y singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural.....	463
E.2.4.6. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural.....	465
A. Adaptación de las condiciones de trabajo .....	466
B. Cambio temporal del puesto de trabajo.....	470
C. Suspensión del contrato de trabajo.....	474
<b>F. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO Y DOCTRINA JUDICIAL .....</b>	<b>481</b>
F.1. A modo de prefacio: sobre la estructura de la negociación colectiva y los acuerdos adoptados como medidas de flexibilidad.....	481
F.2. Sobre el proceso de impugnación de medidas de flexibilidad interna: reglas generales de conformidad con la ley reguladora de la jurisdicción social .....	488
F.3. Las comisiones negociadoras: la legitimación de la medida de flexibilidad adoptada por el empresario .....	493
F.4. Cuestiones judiciales respecto a la buena fe en la negociación colectiva tendente a la adopción de medidas de flexibilidad.....	507
<b>G. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA .....</b>	<b>519</b>
G.1. Introducción al significado económico de la flexibilidad laboral.....	519
G.2. La flexibilidad laboral en la literatura económica.....	521
G.3. Contexto macroeconómico de aplicación del rd 32/2021 y sus principales contenidos con trascendencia económica.....	522
G.4. Primeros resultados de la reforma laboral.....	524
G.5. Análisis de la flexibilidad interna y el convenio colectivo desde la perspectiva del management científico internacional.....	531
G.6. Flexibilidad interna desde la perspectiva del management.....	532
G.7. Análisis del convenio colectivo en la literatura internacional.....	535
G.8. Flexibilidad interna y convenio colectivo .....	538
<b>H. BALANCE, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE FUTURO .....</b>	<b>543</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA FINAL.....</b>	<b>561</b>
<b>WEBGRAFÍA.....</b>	<b>589</b>

## **PRESENTACIÓN**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Presidente de la Comisión Consultiva  
Nacional de Convenios Colectivos*



La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), a través de su observatorio de negociación colectiva, le ha prestado una destacada atención a los mecanismos de flexibilidad interna introducidos o desarrollados a través de la negociación colectiva. Prácticamente todos los estudios sectoriales sobre los diversos ámbitos funcionales de los convenios colectivos han analizado con cierto detenimiento la regulación en los mismos de las instituciones típicas a través de las cuales se canaliza la adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios empresariales que se producen a lo largo de su vigencia. Más aún, en el año 2012 se publicó un estudio monográfico sobre la materia, dirigido por el profesor Santos Ruesga de Benito, con el título de “Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva”. Transcurridos más de diez años desde la edición del libro anterior, la CCNCC por unanimidad consideró oportuno efectuar una convocatoria de un nuevo estudio sobre la materia, ahora con el título de “mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva”. A la vista de las importantes transformaciones empresariales que se han producido en el último período, así como de las reformas legislativas que han apuntado a un papel cada vez más relevante de la negociación colectiva resultaba necesario conocer el estado de la cuestión en los vigentes convenios colectivos. En particular, resulta relevante tener en cuenta que las medidas adoptadas en el marco de la pandemia se han enfocado a la búsqueda del mantenimiento del empleo por la vía de implementar al máximo las medidas en el ámbito de la flexibilidad interna, donde lo más conocido es lo referido al intenso uso de los ERTES, pero que ha tenido manifestaciones que van más allá de ello; por tal motivo, resultaba preciso tomar nota de lo que había supuesto el período COVID, pero no sólo como actuación coyuntural ante una situación de notable complejidad en el mercado de trabajo, sino especialmente como experiencia para incorporar una política de reacción frente a cambios sobrevenidos en el futuro y, por tanto, de una política permanente dentro de nuestro sistema de relaciones laborales. Igualmente, por unanimidad la Comisión Permanente de la CCNCC acordó encomendar dicho estudio a un prestigioso equipo de investigación, dirigido por los profesores José Luís Monereo Pérez y Francisco Vila Tierno y coordinado por la profesora Belén del Mar López Insua. El resultado de

la investigación fue concluido en la fecha programada, a finales del 2023, siendo ahora cuando tenemos la oportunidad de publicarlo en doble formato, en papel y en versión digitalizada.

Aunque el estudio se centra en el diagnóstico del papel de la negociación colectiva en el desarrollo de la flexibilidad interna, se lleva a cabo a partir de un análisis del marco en el que se desarrolla y ello lo hace desde una doble perspectiva. De un lado, sitúa el lugar de la flexibilidad interna en conexión con los otros instrumentos de flexibilidad, en particular la relacionada con las mayores o menores facilidades para la contratación temporal y el régimen más o menor permisivo del despido, en cuanto que funcionan como vasos comunicantes la capacidad de reducción cuantitativa del empleo en la empresa con las mayores o menores necesidades de adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios empresariales. De otro lado, por cuanto que el espacio de actuación de la negociación colectiva se encuentra estrechamente relacionado con la normativa legal reguladora de los diversos mecanismos de negociación colectiva; por ello, el trabajo arranca con una amplia descripción de la regulación en la normativa estatal de las diferentes instituciones a través de las cuales se canaliza la flexibilidad interna. Es precisamente, a partir de ese marco legal, que se abordan los concretos contenidos de los convenios colectivos y de la funcionalidad que despliega la negociación colectiva en la dirección de ampliar, desarrollar u orientar los diversos instrumentos de flexibilidad interna.

Al mismo tiempo, la obra ofrece una visión amplia de lo que haya de entenderse por flexibilidad interna, también en esta ocasión por un doble motivo. De un lado, por cuanto que amplía el foco de atención, destacando que la flexibilidad interna no constituye, como a primera vista se pudiera pensar, exclusivamente una intervención orientada a satisfacer los intereses empresariales de modificación de las condiciones de trabajo a sus necesidades cambiantes, sino también una actuación dirigida a satisfacer los requerimientos de los trabajadores de cumplimiento flexible de sus obligaciones en atención a poder sobre todo atender a sus responsabilidades familiares, de modo que todo el régimen de conciliación entre lo profesional y lo doméstico también se debe conectar con los instrumentos de flexibilidad interna. De otro lado, por cuanto que el estudio, junto a un exhaustivo examen de los canales típicos de cambio de cada una de las condiciones de trabajo, toma en consideración también otras instituciones que formalmente no se suelen situar en el terreno de la flexibilidad interna, pero que los autores del estudio extraen los efectos reflejos de las mismas en clave de flexibilidad interna; mencionemos a estos efectos las consideraciones que se realizan en el estudio en relación con la prioridad aplicativa convencional en caso de concurrencia entre convenios colectivos, así como las reglas de especial tutela a los colectivos vulnerables (en particular, mujeres y discapacitados) por

su conexión igualmente con los efectos negativos sobre los mismos en los procesos de flexibilidad interna.

Desde el punto de vista de la flexibilidad interna como instrumento de atención a las necesidades empresariales, el punto de partida del estudio, como no podía ser otro, es el de tener presente que el contexto en el que actúan las empresas hoy en día requiere del reconocimiento institucional de las medidas de flexibilidad interna, que le permitan adaptarse a los cambios que se le imponen por múltiples factores, entre los que se destacan la globalización de la economía, los cambios tecnológicos derivados de la digitalización, los cambios en la organización de la producción y del trabajo, así como los cambios en las formas de consumo. Dicho de otro modo, que esos factores demandan cambios constantes en las condiciones de trabajo, desde muy diversas perspectivas, que deben ser favorecidos en aras de evitar efectos negativos sobre el empleo y, en particular, sobre su estabilidad. El resultado constatado por los autores del estudio es que la flexibilidad aboca a una potenciación de los poderes empresariales y, por efecto derivado, a una disminución de la estabilidad en las condiciones de trabajo. Eso sí, a partir de esa premisa, el estudio destaca que lo decisivo no es tanto que exista una amplia capacidad de uso de la flexibilidad interna, cuanto que el modo como la misma se materializa puede ser diverso, situándose la clave en la proporcionalidad entre los sacrificios que soportan los trabajadores y las ventajas que obtienen las empresas. De este modo, se aboga por un modelo de equilibrio entre los intereses de las partes, bidireccional tanto atendiendo a la flexibilidad reclamada por las empresas y la deseada por los trabajadores, lo que a juicio de los autores debe desembocar en un modelo de flexibilidad negociada. De ahí la importancia que se le otorga a la intervención de la negociación colectiva en la materia, considerando que sus contenidos deben ser especialmente influyentes para el logro del equilibrio deseable, llegan a concluir que la negociación colectiva resulta “crucial” en materia de flexibilidad interna; naturalmente todo ello sin perjuicio del equilibrio que también debe aportarse desde la ley.

A partir de ahí, el estudio procede a una descripción detallada de la intervención de la negociación colectiva en la regulación de las instituciones claves que inciden sobre el desarrollo de la flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, flexibilidad salarial, régimen jurídico del tiempo de trabajo y adaptación de la jornada, trabajo a distancia, suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, con particular atención al mecanismo RED, el descuelgue empresarial de lo pactado en convenio colectivo, los procedimientos de despido colectivo desde la perspectiva de introducción de medidas de flexibilidad interna como alternativa a la extinción de los contratos de trabajo, incluida las situaciones concursales, etc.

El estudio se detiene a conectar los contenidos de los convenios colectivos en esta materia, con los impulsos que se producen desde los diversos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva, que a juicio de los investigadores de la obra marcan importantes pautas de actuación para los interlocutores sociales en las correspondientes mesas de negociación colectiva.

El estudio se completa con una toma en consideración de la legitimación para negociar, la ultraactividad de los convenios colectivos, las vías de impugnación judicial de la flexibilidad interna, así como una atención específica al análisis económico de las medidas de flexibilidad interna. Todo ello, muestra que se trata de un estudio que va mucho más allá de su título, por cuanto que desborda el específico relativo a la intervención de la negociación colectiva en materia de flexibilidad interna, como era el encargo específico que se le había formulado al equipo de investigación por parte de la CCNCC.

Entre las conclusiones que se deducen de la presente investigación destacaría las siguientes. Ante todo, se señala que la flexibilidad interna no se concibe en los convenios colectivos como un todo unitario, sino como un conjunto de mecanismos e instrumentos diversos, que cumplen cada uno de ellos una función propia e independiente; si bien también se advierte que ello deriva de un modelo legal que recoge una diversidad de medidas sin la debida conexión entre ellas. Destacan en las conclusiones igualmente la especial importancia que presenta la formación como instrumento básico de adaptación de las competencias de los trabajadores a los cambios que se le imponen, así como a la necesidad de medidas concretas desde la perspectiva de género. Asimismo, el estudio llama la atención sobre la escasa intervención de la negociación colectiva, apuntando en particular al trabajo a distancia, a la polivalencia funcional, sistemas modificación sustancial de las condiciones de trabajo y regulación de los ERTES. Bien es cierto que, en algunas ocasiones, la escasa intervención de la negociación colectiva respecto de ciertas materias se debe a que la regulación legal es completa y autosuficiente para que se puedan adoptar los cambios conforme a los procedimientos establecidos en la normativa estatal, sin necesidad de intervención adicional por parte de la negociación colectiva.

Con la publicación del presente estudio mantenemos la fórmula de difusión de los encargos periódicos efectuados por esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que está proporcionando unos resultados que se valoran muy positivamente. En este sentido, y a la vista de los resultados de investigación presentados en los años precedentes, se estimó conveniente ofrecer al público dos presentaciones del trabajo efectuado por cada equipo de investigación. De un lado, una edición en formato digital disponible través de la página

web de la Comisión Consultiva, extenso y pormenorizado, que permitiera una información exhaustiva de toda la materia objeto de estudio, lo que facilita una información al más mínimo detalle, que permita efectuar cualquier consulta concreta que se desee realizar al respecto. De otro lado, una edición en papel, de dimensiones más reducidas, donde se recogiera de manera más condensada y directa el diagnóstico general realizado, las conclusiones principales del estudio, así como las propuestas de buenas prácticas y propuestas de medidas que se sugieren por parte de los investigadores. Por esta segunda vía se pretende que los resultados de la investigación puedan tener un mayor impacto, en la medida en que con esta presentación comprimida se logra concentrar lo más relevante de los resultados de la investigación. A tenor de ello, obligado resulta efectuar un especial agradecimiento al equipo de investigación por haber tenido que realizar este doble esfuerzo, de elaboración en paralelo de dos documentos, complementarios entre sí, de modo que uno invita a la lectura del otro y que confiamos que de este modo la difusión del enorme esfuerzo de investigación realizado pueda resultar mucho más efectiva.

Solo me resta invitar a cuantos puedan estar interesados a una lectura fructífera de este estudio, así como agradecer al Ministerio de Trabajo y Economía Social por el apoyo material a la realización y publicación de un estudio de una indudable valía.

Abril 2024

Jesús CRUZ VILLALÓN

*Presidente de la Comisión Consultiva  
Nacional de Convenios Colectivos*



**A.**  
**MARCO GENERAL PARA LA REGULACIÓN DE LOS  
DISTINTOS MODELOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA.  
ENTRE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y LA  
GARANTÍA DE UN DERECHO AL TRABAJO DECENTE\***

La flexibilidad no es, en su origen, un concepto jurídico, es un concepto de extracción eminentemente económica y de utilización instrumental en el ámbito de la política del Derecho del Trabajo en los distintos procesos de reforma, para señalar los objetivos que deben ser perseguidos con las medidas laborales<sup>1</sup>. En un sentido amplio es un concepto que remite al conjunto de respuestas que se exigen a la fuerza de trabajo ante los cambios producidos en el ambiente económico y en los mercados productivos. Lo que acontece es que se ha acabado por establecer un principio de “juridificación” a base ser utilizado en las Exposiciones de Motivos de las sucesivas leyes de reforma laboral.

En el momento actual, la finalidad de los mecanismos de flexibilidad interna en el ámbito de las relaciones de trabajo es establecer un equilibrio en la pluralidad de intereses subyacentes: intereses privados (empresarios y trabajadores) e interés público (estabilidad del sistema económico, competitividad de las empresas, tutela del trabajo dependiente, paz social). Lo que se suele traducir en la

---

\* Apartado realizado por José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ, *Catedráticos del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*; Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada* y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*.

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 99-100. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2017, espec., págs. 9-28, y Capítulo II (“Las tendencias evolutivas en la larga duración: Del Derecho Social del Trabajo Clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo”), págs. 29-136.

formulación de dos grandes principios socio-económicos de relevancia jurídica: el principio de rendimiento y eficacia económica (vinculado a la libertad de empresa) y el principio de estabilidad en el empleo y protección de los trabajadores subordinados.

Ya en el marco de la última gran reforma laboral se indica que la negociación colectiva adolece de una serie de debilidades y distorsiones, entre la cuales destaca la existencia de una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue. Por otra parte, se subraya que también existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una *insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna* como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal<sup>2</sup>. De este modo, el concepto de “flexibilidad interna” se ha convertido en elemento finalista de la Política del Derecho del Trabajo.

El papel del Derecho del Trabajo ha sido siempre complejo y multívoco. Su funcionalidad tradicional ha sido la de buscar un equilibrio de intereses en el trabajo como relación social de tipo económico, y en tal sentido ha establecido garantías del trabajador en el empleo, protegiendo y fomentando su creación, y ha tutelado el poder de dirección y reestructuración de la empresa, su rentabilidad y movilidad. Pero estas intervenciones reguladoras implican también la protección de la racionalidad empresarial (justificado motivo empresarial para modificar, suspender o extinguir las relaciones de trabajo) y la atribución de poderes directivos y de reorganización permanente –normal y excepcional– del complejo empresarial (en suma, flexibilidad laboral interna y externa)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 132-135. MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 2 y sigs.

Todo Derecho tiene que ser flexible, en el sentido de adaptable a los cambios en curso, siendo evidente que su rigidez sería contraria a la efectividad de su función institucional. La funcionalidad del Derecho del Trabajo la representa, sin duda, la estabilidad en el empleo, con sus consiguientes ventajas para el ciclo de vida del trabajador y para la productividad. La estabilidad como referente para las protecciones sociales y como elemento de productividad e integración del trabajador en la empresa. Pero al mismo tiempo se le ha imputado al Derecho del Trabajo la generación de disfuncionalidades. Especialmente la rigidez e inadaptación a las nuevas formas de organización empresarial y los modos de trabajar, considerando que ambos aspectos son cada vez más flexibles y que, por tanto, demandan un marco jurídico-institucional igualmente más flexible<sup>4</sup>.

Ante esta situación ambivalente caben diversas opciones de política del derecho respecto a la necesidad contrapuesta de introducir ajustes del modelo o de atender a las exigencias de cambio del mismo modelo. La primera posición es la *flexibilidad de adaptación* inherente al “garantismo flexible”: se apuesta por el contrato estable y una cierta flexibilización de determinadas instituciones jurídico-laborales, entre ellas una cierta flexibilización del despido o contención de su coste económico sin merma de los derechos del trabajador. La segunda posición es la *flexibilidad liberal* como liberalización del trabajo, lo que implica una re-mercantilización del conjunto de garantías –derechos sociales- que se han venido construyendo sobre el trabajo dependiente y una externalización de costos propios de la titularidad de la organización productiva a terceros públicos (poderes públicos) y privados (trabajadores)<sup>5</sup>.

Es en este contexto donde se sitúan las estrategias de ajuste, reestructuración y flexibilidad laboral. Se trata, en definitiva, de la lucha por los modelos de flexibilidad y competitividad, que cristaliza en la contraposición entre el modelo de flexibilidad defensiva y el modelo de flexibilidad ofensiva en la regulación jurídica del trabajo y de la competitividad<sup>6</sup>. De esta forma:

---

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 2-3.

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 2 y sigs.

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 132-135; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2017, Capítulo IV (“Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela de los derechos fundamentales”), págs. 213-249.

a) El modelo de “flexibilidad defensiva” fomenta la flexibilidad a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores. Es la opción liberal que continúa apostando por un modelo de crecimiento económico basado en la reducción de costes del factor trabajo. Es un modelo de flexibilidad que contribuye a la dualización-segmentación del mercado de trabajo, que queda conformado, por un lado, por los trabajadores con empleos estables y protegidos y, por otro, por trabajadores con empleos precarios y con un estatuto jurídico-protector débil o más debilitado. En este modelo de flexibilidad defensiva existe un deterioro del estatuto protector del trabajador y se trata de sustituir el estatuto social del trabajo por un estatuto de protección social “externo” (sigue la línea marcada hace ya tiempo por la Comisión Europea en el conocido “Libro Verde sobre la flexiseguridad”, basada en una flexiseguridad “defensiva”<sup>7</sup>).

La flexibilidad defensiva (y su parámetro de referencia de “competitividad por los costes”), al incidir en la precarización del empleo y la reducción de las políticas de protección social, acaba rompiendo el principio de continuidad de las rentas del trabajo tanto en la vertiente laboral (medidas de estabilidad del trabajador, continuidad de la relación laboral, etc.) como en la vertiente de protección social (política de prestaciones económicas de sustitución de rentas de activo). Por ello se puede decir que las medidas flexibilizadoras adoptadas conforme a este modelo de política del derecho (como en gran medida fueron las que se adoptaron en España con las reformas de 2011), pueden resultar contradictorias al objeto mismo del Derecho Social del Trabajo –su función transaccional-, en la medida en que la intervención pública contribuye a acentuar las desigualdades en lugar de compensarlas. Las estrategias de flexibilidad “defensiva” cuestionan las bases de la dimensión estatutaria del constitucionalismo democrático social y tienden a desplazarla por un modelo de mercado<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al ‘Libro Verde’ de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, n.º 16, 2007; MORENO VIDA, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en VV.AA., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009, Vol. 1, 2010, págs. 309-419.

<sup>8</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 132-133; MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 3-5.

b) Frente a ello, la “flexibilidad ofensiva” tiene como parámetro de referencia la competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación y supone un nuevo compromiso en los lugares de trabajo basado en el intercambio entre, por un lado, la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y competitividad y la calidad del producto y, por otro, diversas garantías y ventajas laborales y de carácter social, que mantiene el carácter “desmercantilizador” del trabajo<sup>9</sup>.

Este modelo de flexibilidad ofensiva, al contrario que en el modelo de flexibilidad precaria o defensiva, otorga preferencia a la estabilidad laboral, a la modernización de la tecnología y a la formación profesional. Se articula a través del sistema de negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la posibilidad de acuerdos tripartitos, que establecen las reglas de juego, compaginándolo con los convenios de empresa que singularizan el tratamiento de las condiciones laborales, el sistema de organización del trabajo y la implicación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa. Es un modelo donde prima el “garantismo flexible” basado en el principio legal de norma mínima y potenciación de la autorregulación colectiva de mejora y adaptación<sup>10</sup>.

La flexibilidad ofensiva se inclina por un método de flexibilidad consensuada, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos (empresarial, supraempresarial, estatal).

El modelo de flexibilidad ofensiva –basado en el “garantismo flexible”– constituye una alternativa viable de organización jurídica de las relaciones de trabajo que pretende combinar la clásica racionalidad centralizada del Estado Social moderno con formas plurales de racionalidad “autorreflexiva” de los grupos sociales bajo la cobertura de una legislación promocional o de apoyo de la autonomía colectiva negociada<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Para la fundamentación en la perspectiva de política del Derecho de esa función desmercantilizadora del trabajo que asume el Derecho del Trabajo en el Constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, véase la construcción realizada por MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico Social de España, Madrid, 1996, Capítulo I.2 (“Los modelos de Estado del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna”), págs. 27 y sigs., y Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7-46.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 5.

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 134.

Se trata de un modelo dualista de regulación que combina ley y negociación colectiva como medios instrumentales para regular el mercado laboral, y que, aun cuando otorga a la ley la función de fijar un marco de regulación general, no excluye la posibilidad de hacer uso de la negociación colectiva para flexibilizar, sin precariedad ni inestabilidad, las relaciones laborales en el seno de la empresa. Esto no quiere decir que no puedan existir aporías y disfuncionalidades en este modelo de flexibilidad, especialmente por la tendencia a expulsar de los beneficios de la protección laboral y social a amplios sectores de la población, a aquellas personas que tienen una situación de mayor debilidad en el mercado de trabajo o se hallan completamente excluidas del mismo.

Frente a la flexibilidad externa, la flexibilidad interna es una de las posibilidades jurídicas para introducir una gestión flexible de la fuerza de trabajo, permitiendo la adaptación de las condiciones laborales al contexto cambiante de las organizaciones productivas (en relación, fundamentalmente, con la delimitación de las funciones, del tiempo de trabajo o de los lugares de trabajo). La mayoría de los ordenamientos europeos han llevado a cabo, a lo largo de las últimas décadas, importantes reformas dirigidas a introducir mayores mecanismos de flexibilidad interna. [Probablemente sea éste el motivo por el cual el Libro Verde centra el debate sobre la flexiseguridad en la flexibilidad numérica externa y sobre todo en el grado de tutela previsto para los contratos clásicos. El debate comunitario sobre la modernización del Derecho del Trabajo se centra, en definitiva, desde la óptica de un modelo de flexiseguridad neoliberal, en aquellos ámbitos donde aún se mantiene un significativo grado de tutela para los trabajadores. En el Libro Verde la perspectiva de la flexibilidad interna apenas tiene relevancia, como tampoco en la Comunicación sobre los principios comunes de la flexiseguridad. En el Libro Verde tan sólo aparece alguna referencia incidental al papel del diálogo social en la introducción de nuevas formas de flexibilidad interna, y una mínima referencia a la ordenación del tiempo de trabajo].

Fue el Comité Económico y Social Europeo quien situó la dimensión de la flexibilidad interna en el marco del debate sobre la flexiseguridad [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La flexiseguridad (dimensión de la flexibilidad interna – la negociación colectiva y el papel del diálogo social como instrumentos para la regulación y reforma de los mercados de trabajo)” (2007/C 256/20)]. El CESE planteó que la Comisión y los Estados miembros “analicen la mejora de la adaptabilidad mediante la flexibilidad interna y la conviertan en una dimensión viable y aceptable de la flexiseguridad”. La perspectiva del CESE responde a un modelo de flexiseguridad garantista, en el que la flexibilidad interna se concibe como un instrumento para la mejora de la productividad, la innovación y la competitividad, pero también para permitir a los trabajadores una mejor conciliación del trabajo con otras actividades y

responsabilidades y mejorar la calidad del empleo. Destacó además el papel que en la ordenación de esta flexibilidad interna pueden y deben jugar los interlocutores sociales mediante la negociación colectiva<sup>12</sup>.

Existe una conexión intrínseca entre la flexibilidad interna y el derecho al trabajo, ya que la flexibilidad interna negociada permite no sólo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a circunstancias siempre cambiantes, sino también –y vinculado a ello– porque permite que las medidas de flexibilidad externa de salida (señaladamente el despido) se utilicen como “última ratio”<sup>13</sup>.

La *flexibilidad interna* debe ser una *flexibilidad negociada* y no una flexibilidad unilateral a través del fortalecimiento del ejercicio directo de los poderes empresariales. También debe ser bidireccional, haciendo compatible el doble objetivo de adaptar la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad cambiante de las organizaciones productivas con las necesidades de la persona del trabajador como opción personal y como ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar.

El modelo legal de flexibilidad interna del ET –con un amplio margen para la intervención de la negociación colectiva– deja ya un amplísimo espacio para la adaptación de las condiciones de trabajo a la dinámica de funcionamiento de las empresas en respuesta a los cambios del mercado y de la situación económica y a las exigencias de reorganización: flexibilidad funcional y de capacitación, flexibilidad geográfica, flexibilidad del tiempo de trabajo, flexibilidad suspensiva de contratos para facilitar el mantenimiento del empleo y la reorganización de la empresa, flexibilidad negociada, flexibilidad de adaptación a través de la negociación colectiva de inaplicación de aspectos fundamentales de las relaciones de trabajo.

La flexibilidad interna tendría que ser la medida estrella de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial. Debería existir una obligación de negociar este tipo de medidas (modificaciones sustanciales, movilidad funcional y geográfica, modificaciones salariales, del tiempo de trabajo, suspensiones

---

<sup>12</sup> MORENO VIDA, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en VV.AA., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009, Vol. 1, 2010, págs. 309-419.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo (art. 1 de la Carta Europea Revisada)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Comares. Granada 2017, págs. 361-393.

contractuales, etc.) con carácter preferente a la adopción de medidas radicales y traumáticas de flexibilidad externa como los despidos individuales y colectivos<sup>14</sup>.

En esa línea trata de avanzar el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*. En el diagnóstico de nuestro mercado de trabajo que inicialmente lleva a cabo la Exposición de Motivos de esta norma ya se ponen de manifiesto algunos de los problemas que se vienen arrastrando desde hace décadas, destacando entre ellos:

- La debilidad e inestabilidad de nuestro modelo de relaciones laborales, que hace que las caídas en la actividad económica se trasladen con enorme intensidad a la destrucción del empleo. Situación que, sin embargo, se evitó en la crisis derivada de la pandemia de la COVID-19 gracias a la aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) como mecanismo de flexibilidad interna que demostró una gran fortaleza para garantizar la protección de los trabajadores y al mismo tiempo la adaptabilidad y mantenimiento de la empresa frente a una situación de grave crisis.
- La insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación, de forma que se conviertan realmente en alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal.
- La reducción en los niveles de competitividad y productividad de las empresas por una menor inversión en formación y menor capacidad de adaptación a los cambios y mejoras tecnológicas. Esto debe ponerse en relación con la distribución del tejido empresarial español constituido en un porcentaje muy elevado por pymes y micropymes, que requieren la introducción de medidas alternativas tecnológicas (que no van asociadas al tamaño de las empresas), pero también con la necesidad de garantizar y potenciar la estabilidad en el empleo, sin la cual no hay inversión real en formación.
- La incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Las empresas han venido utilizando, desde la anterior crisis de 2008, los convenios empresariales de descuelgue en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes. De forma que se han utilizado los convenios colectivos como instrumento de flexibilidad defensiva (de competitividad por los costes), desvirtuando su naturaleza y razón de ser.

---

<sup>14</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del Siglo XXI”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, págs. 41-102.

- Las disfuncionalidades que provocan las reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa, que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial. Para garantizar una adecuada utilización de la flexibilidad interna negociada, el sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Los convenios de empresa deben llevar a cabo la regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, mientras que deben corresponder a la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada.

Teniendo en cuenta todo ello, la reforma laboral de 2021 ha incidido en algunos de los mecanismos de flexibilidad interna, en la línea de una flexibilidad ofensiva, de forma que se pueda avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras.

En esa línea, la reforma laboral de 2021 establece un conjunto de medidas dirigidas a la modernización de las medidas de flexibilidad interna, entre las que destaca especialmente:

- La mejora de las medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones –artículo 47 ET–, y el nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo (Mecanismo Red) -artículo 47 bis-, para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros.
- El mejor desarrollo de las medidas de reducción temporal de jornada o la suspensión de contratos, por causa de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis.

Junto con todo ello, es necesario destacar la importancia de las *Estrategias globales de aprendizaje permanente*, con la finalidad de garantizar la adaptabilidad y la empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables.

Se pone de relieve la importancia cada vez mayor de este factor tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores, pero, al mismo tiempo, se destaca la falta de inversión en formación respecto de los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad. Son necesarias estrategias globales de aprendizaje permanente que sean inclusivas, para lo que es necesario contar con la participación activa de gobiernos, interlocutores sociales, empresas y trabajadores<sup>15</sup>.

En el contexto actual existe una gran preocupación en todos los países, y en el ámbito de la Unión Europea, por potenciar las tecnologías y las ramas productivas del futuro, las derivadas de la transición ecológica y digital, acometiéndose la reestructuración de aquellos sectores en crisis tratando de aumentar en ellos el componente tecnológico y los cambios técnico-organizativos (mayor flexibilidad organizativa y de uso de la fuerza de trabajo, la robótica, la informatización del trabajo terciario, descentralización productiva, auge del teletrabajo...); y potenciar además las nuevas oportunidades de empleo derivadas de los cambios demográficos (economía plateada y asistencial). Junto a ello se produce un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa; formación, reconversión, reciclaje y perfeccionamiento profesional (reskill y upskill) de los trabajadores; capacitación y ajuste de la oferta de mano de obra altamente cualificada exigida para la concepción y utilización de las tecnologías; necesidad de aprovechar los talentos y diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...)<sup>16</sup>.

También se sitúa la formación profesional con un papel central en el Plan de recuperación y resiliencia (Fondos *Next Generations UE*). La llamada Palanca VII se refiere a la “Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades”. El componente 20 se dedica a la Formación profesional, con

---

<sup>15</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas Laborales*, Número 160/2021, Monográfico sobre la experiencia competencial en materia laboral y social en la Junta de Andalucía, págs. 91-131.

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas laborales*. Número 160/2021, Monográfico sobre la experiencia competencial en materia laboral y social en la Junta de Andalucía, págs. 106-108.

actuaciones claves para el refuerzo del capital humano de las nuevas generaciones, la eliminación de brechas sociales y territoriales, y el acceso a oportunidades laborales dignas y adaptadas a las necesidades de un mercado laboral cambiante y dinámico<sup>17</sup>.

Habrá que esperar todavía al resultado del proceso de negociación colectiva que se está llevando a cabo en la actualidad para ver el reflejo adecuado o no de estas medidas que potencian la flexibilidad interna en la empresa protegiendo al mismo tiempo el empleo. Pero algunas tendencias ya se vienen poniendo de manifiesto, como son, en una aproximación inicial y a modo introductorio, sin perjuicio del estudio más detenido y detallado que se realiza posteriormente:

a) La utilización predominante de la adaptación del tiempo de trabajo como mecanismo de flexibilidad interna.

- Puede apreciarse esta utilización, por ejemplo, en el Conveni col·lectiu de treball del sector d'exhibició cinematogràfica de la província de Barcelona per als anys 2022 en endavant (codi de conveni núm. 08001695011994), en cuyo art. 23 se establece “*En atención a las dificultades económicas que padecen las empresas del sector, como medida de fomento del empleo, y de estabilidad del existente, para todo el personal de nueva incorporación desde la fecha de firma del presente Convenio, se establece que los días festivos aquí pactados serán 3 días por el primer año de servicio, al que se le añadirán 4 más por el segundo año y 2 por el tercero, generándose gradualmente el derecho, a partir del inicio del año natural posterior al de su incorporación a la empresa y hasta un máximo de 9 días*”.
- También en el Convenio colectivo de la industria del calzado (Resolución de 24 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo), cuyo art. 24. Flexibilidad de jornada, establece que “*Las Empresas por manifiestas razones productivas, y atendiendo a las necesidades de acumulación de trabajo, podrán flexibilizar hasta el 10% de la jornada anual (180 horas al año), en distribución semanal de lunes a viernes, respetando el número de horas anuales de trabajo*”. Además, “*La Empresa de mutuo acuerdo con los Representantes legales de los Trabajadores/ Trabajadoras y si las necesidades así lo exigieran podrán pactar un mayor número de horas a flexibilizar*”.
- Muy particularmente regulado el tiempo de trabajo como instrumento de flexibilidad interna negociado aparece en el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (Resolución de 16 de enero de 2023, de la Dirección General de Trabajo). Su art. 43 regula la Jornada de trabajo

---

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, Temas laborales. Número 160/2021, Monográfico sobre la experiencia competencial en materia laboral y social en la Junta de Andalucía, pág. 113.

y el Calendario laboral, estableciendo que “La jornada laboral máxima anual *podrá flexibilizarse o adaptarse en función de las necesidades de trabajo de la empresa*. La aplicación práctica a nivel de centro de trabajo de esta flexibilización o adaptación *se llevará a cabo de acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras* o con las propias personas trabajadoras donde no haya representantes de los mismos, siempre dentro de los límites establecidos por la legislación vigente”.

En su Artículo 43.1 se prevé además que “*Por necesidades de trabajo y para poder reaccionar con mayor flexibilidad ante demandas del mercado*, la empresa podrá cambiar la distribución de hasta 100 horas anuales, que serán siempre de libre disposición de la misma, en un centro de trabajo o sección del mismo o a una determinada persona trabajadora, mediando un preaviso mínimo de cinco días a la representación legal de las personas trabajadoras y a los propios afectados, de acuerdo con la siguiente regulación (...). *La utilización de las horas de flexibilidad por encima de lo acordado requerirá el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras*”.

Y, además, el Artículo 43.2 establece la “*Flexibilidad inversa*”: “La bolsa de 100 horas flexibles regulada en el artículo anterior podrá utilizarse en sentido inverso, *cuando concurra una disminución del volumen o carga de trabajo, así como cuando se produzcan disminuciones en la demanda de los productos o servicios que ofrezca la empresa en el mercado*, sean de carácter estructural, cíclico o estacional, es decir, propios de la actividad o ciclo productivo. *Se utilizará como instrumento preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo, ya sea este de carácter fijo o temporal*”.

b) La utilización de la clasificación profesional como mecanismo de flexibilidad fue, desde hace tiempo, potenciado por el legislador al cambiar las categorías profesionales por los grupos profesionales como base para establecer el sistema de clasificación y el límite para la movilidad funcional normal (art. 22 y 39 ET).

Partiendo de ello en la negociación colectiva se encuentran ejemplos de un sistema de clasificación profesional adaptable según las necesidades de la empresa.

Es, por ejemplo, lo que se recogía en el VIII Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. VIII convenio colectivo Ilunion Outsourcing, S.A. para los años 2018-2019-2020 que establecía que “La clasificación del personal consignada en el presente Convenio colectivo es *enunciativa, no limitativa, y responde al momento actual de la empresa, pero dada la evolución del mercado*

de trabajo en las actividades en *Ilunion Outsourcing, S.A.*, sería susceptible de adaptarse en un futuro a las nuevas funciones y tareas que aparezcan como consecuencia de dicho mercado, y cabría la asignación de nuevas actividades, tareas o funciones dentro de los respectivos grupos profesionales. De toda esta evolución, la dirección de la empresa informará a la Comisión Paritaria. No son exhaustivos los distintos cometidos asignados a cada grupo profesional, pues todo trabajador/a incluido en el ámbito de este convenio está obligado a efectuar cuantos trabajos y operaciones le encomienden sus superiores dentro de los generales y conexos cometidos de su competencia y sin menoscabo de su dignidad profesional”. No obstante, en la redacción posterior (BOE de 15 de octubre de 2021), su art. 12 (Clasificación profesional) se cambia tal regulación, de manera que se elimina aquella previsión, siendo sustituida por la presente: “La clasificación profesional se realiza en grupos profesionales por interpretación y aplicación de factores generales objetivos y por las tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen las personas trabajadoras. Las personas trabajadoras en función del puesto de trabajo que desarrollan serán adscritas a un grupo profesional de los establecidos en esta Sección circunstancias que definirán su posición en el esquema organizativo y retributivo. En todo caso, la posesión por parte de una persona trabajadora de alguna o todas las competencias representativas de un grupo profesional determinado, no implica necesariamente su adscripción al mismo, sino que su clasificación estará determinada por la exigencia y el ejercicio efectivo de tales competencias en las funciones correspondientes a su puesto de trabajo”.

c) Es cada vez más frecuente en convenios sectoriales la regulación detallada del procedimiento de inaplicación del convenio (descuelgue). Así, con independencia de lo que en este aspecto específico se señala después, se puede ver en el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024 (disposición adicional tercera).

d) En los convenios más recientes la Formación Profesional está adquiriendo una especial importancia, poniendo de manifiesto la vinculación de la formación profesional con las necesidades de la empresa y con su competitividad, sin desconocer desde luego que es un derecho del trabajador:

- Así, en el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, en vigor hasta el 31 de diciembre del año 2024 (Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo), se dedica el Capítulo IX a la Formación, con una regulación muy detallada, reconociendo “como derecho derivado de la relación laboral el de la formación y promoción en el trabajo”, pero, además, es significativo de la importancia actual de la formación profesional que en el convenio colectivo se establezca que “*La formación es un factor básico*”

*para incrementar la motivación y la integración de los trabajadores/as, crear un mecanismo válido para articular la promoción y como proceso de mejora en la calidad de los servicios. Consecuentemente, la formación habrá de pasar a un primer plano en la preocupación de la empresa, por lo que esta se compromete a vincular la formación a los distintos procesos de carrera del personal y a la promoción”. Coherente con esta configuración, el convenio colectivo establece que “Las acciones formativas que se clasifiquen por la dirección como de reconversión o reciclaje profesional, serán de asistencia obligatoria para quienes vayan dirigidas y se realizarán preferentemente dentro de la jornada laboral”. Entre los objetivos que deben orientar la formación profesional en la empresa, centro o entidad, se incluyen:*

- o *Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores, mejorando su capacitación profesional y desarrollo personal.*
- o *Proporcionar a los trabajadores el reciclaje, la actualización o nueva adquisición de los conocimientos y las prácticas adecuados a las competencias profesionales requeridas en su puesto de trabajo, en el mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas relacionadas con el ámbito de actuación del presente convenio.*
- o *Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas relacionadas con el ámbito de actuación del presente convenio.(...)*

Por otra parte, se establecen criterios de selección en la asistencia a cursos conforme a los cuales “Tendrán preferencia en la asistencia a cursos los trabajadores no cualificados, los trabajadores de las PYMES, las mujeres y los hombres mayores de 45 años según se indica en la normativa reguladora, así como los que hayan participado en menos ocasiones en acciones formativas y aquellos otros que estén desempeñando puestos de trabajo relacionados directamente con la materia objeto del curso, o vayan a desarrollarlas en un futuro próximo, según la decisión organizativa de la empresa, centro o entidad, sin perjuicio de la previa consulta e información a la RLT de las acciones formativas y la organización de las mismas, así como la selección y el acceso. Se valorará, en su caso, como preferencia la condición de personal temporal”.

- En el Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (Resolución de 29 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo)

“Artículo 26. Formación profesional para el empleo. Las organizaciones firmantes tienen presente la *relevancia del nivel de cualificación profesional de las trabajadoras y trabajadores en cuanto a la competitividad del sector*. Además, reconocen que la formación profe-

sional a todos los niveles de las personas trabajadoras contribuye a la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo, a la estabilidad en el empleo y a su promoción profesional y personal. La formación profesional constituye en consecuencia un objetivo compartido por empresas, y personas trabajadoras y viene siendo objeto de atención especial por las organizaciones empresariales y sindicales del sector, en el marco de la negociación colectiva. Esta formación *mejora también la adaptabilidad del personal a los cambios, que se producen en el sector; motivados tanto por procesos de innovación tecnológica como por nuevas formas de organización de trabajo, contribuyendo con la formación profesional continua a propiciar el desarrollo y la innovación de la actividad*".

- En el V Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Resolución de 19 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo), se establece (art. 56) que "Las organizaciones firmantes del presente convenio consideran la Formación Continua como un *elemento estratégico que permite compatibilizar la mayor competitividad de las empresas con la formación individual y el desarrollo profesional (...)*".
- En el Convenio colectivo de Ilunion CEE Outsourcing, SA (Resolución de 20 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo) se regula, art. 64, el Acuerdo Nacional de Formación Continua en Ilunion CEE Outsourcing, SA., estableciendo que "*En la actualidad, la formación continua y el reciclaje profesional constituyen una necesidad imprescindible en orden a afrontar los requerimientos de eficacia y nuevas exigencias del mercado laboral, cumpliendo una función de adaptación permanente de mejora de las competencias y cualificaciones, para fortalecer la situación de competitividad y productividad de las empresas, así como las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal* de las personas trabajadoras. Por tanto, las partes firmantes entienden que la capacidad formativa actual exige un marco de negociación conjunto, en el que tanto la parte social como la empresarial participen activamente en los procesos para la configuración del plan de formación, estudio de necesidades, diseño de acciones formativas, establecimiento de criterios, gestión, seguimiento y evaluación".
- En el XVIII Convenio colectivo de Ford España, SL. (Resolución de 22 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo), se reitera nuevamente esa vinculación de la formación profesional con las necesidades de la empresa, sin desconocer desde luego que es un derecho del trabajador: "Artículo 145. Formación y Empleabilidad. 1. Ambas representaciones reconocen como derecho laboral básico, derivado de la relación laboral, el de la formación profesional en el trabajo. Consciente de ello, se sienta el principio de que la formación que se facilita en Ford España,

SL, *de acuerdo con las necesidades de la empresa*, está abierta a todas las personas empleadas de la compañía sin discriminación de ninguna clase y con las únicas limitaciones, para acceder a ella, de la capacidad y conocimiento previos, que serán acreditados individualmente. Es política de la dirección de la compañía, el proporcionar la formación adecuada a cada una de sus personas empleadas, a través de programas de formación y entrenamiento a todos los niveles, *con el fin de capacitar a sus personas empleadas para el buen desarrollo de su trabajo diario y en especial para aquellos casos en que deban de cambiar de puesto de trabajo*. De forma especial, se cuidará por todos los responsables, la oportuna y adecuada introducción y orientación al trabajo del personal de nuevo ingreso, trasladado y reasignado a otros puestos. *A través de un análisis minucioso, se determinan las necesidades de formación* en base a las cuales se elabora el plan adecuado, con el fin de que al personal alcancen los conocimientos necesarios *para el buen rendimiento en su puesto de trabajo, así como para su posible progreso en la compañía*".

- Convenio colectivo de Ercros, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo), en la misma línea, establece (artículo 28. Objeto de la formación) que "Las partes reconocen el *carácter estratégico de la formación*, como instrumento de desarrollo de las aptitudes, actitudes y capacidades, tanto profesionales como personales, de todas las personas que trabajan en Ercros, que *permitan asegurar la adecuada competitividad en que opera o pueda operar la compañía en el futuro*. Conforme a esta declaración, se regula de manera muy detallada la actividad formativa y los planes de formación".

e) La finalidad de la flexibilidad interna negociada como medida de reestructuración y reorganización empresarial con carácter preferente a la adopción de medidas radicales de flexibilidad externa como los despidos individuales y colectivos, aparece expresamente recogida ya en convenios colectivos.

- Así, en el Convenio colectivo de Ercros, SA. (Resolución de 18 de octubre de 2022 de la Dirección General de Trabajo) se establece expresamente en el art 21. "Medidas de protección del empleo":  
 "El objeto de este artículo es *definir un conjunto de acciones y procedimientos mediante los cuales se pretende reducir las posibilidades de que una persona trabajadora, que quiera seguir prestando sus servicios en la empresa, pierda su puesto de trabajo*, siempre que ello no se oponga a derecho, al interés colectivo de la misma o suponga una situación tal que la aplicación de estas medidas genere un abuso de derecho a la empresa o a terceros. Todo lo cual ha de interpretarse en el sentido de que la empresa adquiere el firme compromiso en los términos que se establecen: Durante la vigencia del presente acuerdo y a partir

de la firma del mismo, *la empresa no planteará ninguna regulación de empleo que implique resolución de los contratos de trabajo sin previo acuerdo con los representantes de los trabajadores* a quienes se refiere este acuerdo, salvo situaciones jurídicas, industriales o económicas que lo exigieran u obligasen a ello. El anterior compromiso opera tanto en el supuesto de mantenerse las actuales estructuras de la empresa, como si estas se modificasen dentro de la vigencia temporal del presente acuerdo, como consecuencia de venta y/o compra parcial o total, y fusiones. Las medidas de protección de empleo establecidas operan en el conjunto del ámbito de la empresa y por tanto, afectan a todas las personas trabajadoras. Para dar cumplimiento eficaz de los compromisos adquiridos, ambas partes, siempre y cuando las problemáticas industriales y económicas lo aconsejen, *coinciden en la necesidad de negociar la aplicación de las medidas contractuales, planes de prejubilación anticipada, bajas incentivadas, incapacidad laboral, o sistemas de movilidad funcional y geográfica*. Estos planes procurarán preferentemente aplicarse en el orden establecido en este apartado. Dicho cumplimiento efectivo y la prelación del mismo en todo caso quedará supeditada a la situación económica de la empresa en todo momento”.



## **B.**

### LA PUESTA EN ESCENA DE LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA\*

#### B.1. ALCANCE, SIGNIFICACIÓN Y MECANISMOS. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Con carácter previo ya se ha establecido un marco general que sitúa las bases del estudio. En tal sentido, se ha tenido la ocasión de reflexionar sobre el concepto de flexibilidad, su formulación, su amplitud y su origen<sup>1</sup>. Pero creemos que es preciso, en este segundo epígrafe, fijar el modo cómo finalmente se refleja aquella institución en la normativa vigente, y cuáles son los razonamientos que llevan al legislador a dotarla de una determinada configuración. Para ello, no debemos obviar que nos encontramos, más que nunca, ante una crisis recurrente.

Como hemos reiterado ya, la justificación del proceso de adaptación de las relaciones laborales a las necesidades de las empresas se basa, según la doctrina

---

\* Apartado realizado por los profesores FRANCISCO VILA TIERNO y RAQUEL CASTRO MEDINA de la *Universidad de Málaga*.

<sup>1</sup> La introducción de flexibilidad interna en la relación laboral tiene como objetivo la necesaria adaptabilidad del trabajador a las cambiantes situaciones por la que atraviesa la empresa, debiendo tenerse en cuenta que la propia flexibilidad no es estanca sino evolutiva. Así, con carácter general, la adaptabilidad de la mano de obra ante los cambios se ha condicionado a la búsqueda de seguridad en el empleo, lo que ha dado lugar al neologismo denominado *flexiseguridad* o *flexiguridad* que busca tutelar de manera equilibrada los intereses de trabajadores y empresarios, representando la tendencia evolutiva del Derecho del Trabajo. En otros supuestos, sin embargo, la flexibilidad se ha reconducido a la *resiliencia* laboral, es decir, a la capacidad del trabajador para salir reforzado ante situaciones adversas en el empleo y, en otros casos, se vincula con el término *empleabilidad* que, en suma, supone la capacidad de los trabajadores de encontrar un nuevo empleo gracias a la adquisición de nuevas capacidades y habilidades, la formación permanente y a la adaptación a los cambios, sobre todo, al originado por la transformación digital y a las nuevas tecnologías.

laboralista, en el propio proceso de transformación que sufren las mismas debido a las cíclicas crisis económicas, la globalización, las nuevas formas productivas, la digitalización o las cambiantes necesidades sociales. Las empresas necesitan incorporar tales fenómenos a su gestión diaria para garantizar su subsistencia, y precisan, también, un personal sensible al cambio y la adaptabilidad. Es, precisamente, esa capacidad empresarial de afrontar los requerimientos del mercado a través de su gestión del personal y mediante los instrumentos legales a su alcance lo que se denomina flexibilidad interna. Al respecto, vincular la flexibilidad interna al proceso de adaptación de las empresas proporciona la posibilidad de que éstas afronten necesidades empresariales a través de herramientas estrictamente laborales. Tales instrumentos de flexibilidad se despliegan, además, tanto en la relación individual como colectiva de trabajo, a la vez que pueden manifestarse tanto en el momento inicial de fijación de la prestación laboral como en un momento posterior, es decir, cuando existe una determinación primigenia de las condiciones laborales en orden a organizar el trabajo, o bien cuando, por el contrario, se trata de alterar esas condiciones para dar respuesta a nuevas necesidades empresariales<sup>2</sup>.

Así, en un contexto de sucesivas crisis económicas y de continua adaptación a nuevas formas de producción, de negocios, de actividad económica y de modos de prestación de servicios, el legislador ha fomentado, en una línea ascendente, los parámetros de flexibilidad laboral, de manera que las relaciones laborales pudieran plegarse, de una manera más ágil, a las circunstancias de la realidad social y económica en la que se desarrollan.

En este marco, como es sabido, los escenarios de flexibilidad son diferentes y, entre ellos, el de flexibilidad interna, es que otorga a la negociación colectiva un papel determinante. Bajo esta premisa, cualquier análisis de ésta, exige un recorrido por los cambios normativos que se han ido produciendo desde la regulación del ET en el año 1980 -particularmente desde el año 2012- pero partiendo de la evolución del parámetro de la flexibilidad. Recuérdese, al respecto, que la UE ha situado en el centro de sus formulaciones, de manera ya muy consolidada, la idea de la flexibilidad, pero a partir del controvertido concepto de *flexiseguridad*<sup>3</sup>. Concepto que ha predeterminado la ordenación interna del

---

<sup>2</sup> VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021*, de 28 de diciembre, Thompson Reuters-Aranzañi, 2022.

<sup>3</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia los principios comunes de flexiguridad: más y mejores puestos de trabajo mediante la flexibilidad y la seguridad {SEC (2007) 861} {SEC (2007) 862} / \* COM / 2007/0359 final \* /. Véase, ampliamente, MONEDERO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, salarial, sustancia y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Ortega Lozano, P.G., Marín Alonso, I. (coords), Granada, Comares, 2022, y la bibliografía allí citada.

mercado de trabajo según el peso que se le diera a cada uno de los componentes de ese término complejo. Y así, a la reforma de 2012 se la ha querido vincular, de manera absoluta, con el primero de ellos -fruto de las modificaciones en 2010, 2011 y 2012-. Lo que se puede analizar, a partir del estudio directo de las cláusulas convencionales, es si el desarrollo de la flexibilidad ha sido real en términos convencionales y, por tanto, en la práctica y, si, finalmente, el enfoque de la reforma de 2021 se ha apartado de aquella flexibilidad, si se mantiene, o si se ha rebajado. En este sentido, los resultados negociales nos mostrarán todavía un mero avance de cuál es la línea de la negociación colectiva a partir de los nuevos parámetros legales.

Resulta especialmente significativo el rol que se le otorga a la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna dentro del contexto de la flexiseguridad. Ya que, comúnmente, el legislador la ha utilizado como respuesta frente a situaciones coyunturales desfavorables de crisis económica para solventar las deficiencias o dificultades que surgen entorno al empleo. Es más, tal es la abusiva recurrencia legislativa de esta medida que, crisis tras crisis, sin importar sus particularidades, se han planteado las mismas soluciones de siempre, las mismas fórmulas que reforma tras reforma han ido reestructurando nuestro ET desde que viese la luz en año 1980. Son, de hecho, nada más ni nada menos que 42 años de existencia del ET sometidos a la incesante presión flexibilizadora hasta alcanzar unos niveles considerablemente elevados. No resulta en absoluto sorprendente la extendida y estrecha identificación entre la anterior reforma laboral efectuada en 2012 y esta tendencia que la última modificación de la legislación laboral ha querido detener.

En este orden de ideas, la regulación legal de la estructura de la negociación colectiva no supone una excepción respecto a esta línea. Y es que se evidencian sucesivos ajustes dirigidos a fomentar su carácter como medida flexibilizadora<sup>4</sup>. Precisamente en los años 2011 y 2012, se formulan importantes cambios con la idea de solventar lo que se había identificado como un problema del mercado

---

<sup>4</sup> Al margen de reformas precedentes, como la efectuada en 1994, que fue un claro ejemplo del mencionado ejercicio flexibilizador, este camino se dibuja en tiempos más actuales a partir de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo -en lo sucesivo Ley 35/2010- en la que ya se anunciaba la “inminente” reforma de la negociación colectiva. Ello se materializó a través de una doble vertiente encauzada en primer lugar por el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva -en adelante RDL 7/2011- y, en segundo lugar, por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -en adelante RDL 3/2012-, posteriormente reemplazado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -en adelante Ley 3/2012 - que desembocaron en una mayor flexibilización de la regulación de las condiciones de trabajo y empleo hasta el punto de eliminar, en gran medida, la función garantista que se reconocía a la negociación colectiva con topes infranqueables de protección que actuaban como norma mínima.

de trabajo español: la rigidez en la regulación de nuestras relaciones laborales<sup>5</sup>. Una rigidez de nuestro sistema de negociación colectiva que se vinculaba a la regla general del mantenimiento de lo primero pactado en el tiempo (art. 84 ET). Pero aún más el hecho de que las excepciones al mismo no impedían –según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012- la falta de dinamismo y adaptación de los convenios colectivos a la realidad empresarial. Ello exige, a criterio del legislador, una mayor flexibilidad, y más concretamente una mayor flexibilidad interna. Esta iniciativa motiva que la modificación legislativa centre sus esfuerzos en tres esferas de actuación: 1) descuelgue convencional, 2) articulación y concurrencia (en especial la prioridad aplicativa del convenio de empresa) y, 3) duración (y contenido) de los convenios. La consecuencia es que la ordenación de la estructura de la negociación colectiva quedó inserta en el marco de la flexibilidad interna como forma de adaptación a las necesidades empresariales en un tiempo continuo de crisis.

Llegados a este punto, interesa destacar que esta configuración, que se produce al margen del diálogo social (el RDL 3/2012, y convalidación en la Ley 3/2012, no fue una legislación (pre)negociada entre el Gobierno y los interlocutores sociales), inspiró las directrices de la actual reforma laboral efectuada en 2021 (aunque significativamente sea para invertir la tendencia en ciertos aspectos fundamentales). Y, el marco actual de la negociación colectiva y las posibilidades de flexibilidad interna vienen predeterminadas por este dato.

En cualquier caso, no se ha revertido la idea central de conseguir la máxima adaptabilidad a las necesidades del mercado, y ello es, precisamente, lo que justifica seguir dejando en manos de las partes negociadoras la regulación, por vía convencional, de un amplio número de materias. El modelo de flexibilidad interna, por tanto, no ha variado en cuanto a su configuración, pero sí respecto al alcance. Esto es, lo que se ha cambiado en esta última reforma laboral ha sido la regulación de determinadas instituciones, de modo que se ha reducido su impacto, pero no se ha eliminado, ni mucho menos, el asentado modelo flexible de las relaciones laborales, fruto de la referida evolución normativa producida con posterioridad a la redacción original del ET en el año 1980.

De este modo, puede reconocerse un diseño en el que aquella flexibilidad no aparece encorsetada en un perfil único, sino que se presenta abierta a diferentes posibilidades. Ello permite situar la regulación de cada materia dentro de los ámbitos que se considere más idóneos en función de su capacidad (o

---

<sup>5</sup> Prueba de ello, en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se indica que las “modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”.

incapacidad) para responder a las necesidades empresariales y facilitar, como hemos reiterado, la adaptación de la ordenación de las relaciones laborales a los requerimientos del mercado.

La flexibilización de las relaciones laborales se intenta alcanzar, con carácter general, mediante vías distintas. Por un lado, a través de la ley, que fomenta la “flexibilidad interna unilateral” del empresario a través de la ampliación de su poder directivo durante la ejecución del contrato de trabajo<sup>6</sup> (v. g. en la regulación de la polivalencia funcional donde la desigualdad jurídica de las partes beneficia normalmente al empleador reforzando su poder directivo); la flexibilidad desde la ley se aprecia, por tanto, en la atribución de amplias facultades al empleador para determinar las condiciones laborales que refuerzan así el poder directivo empresarial, pero también en la regulación generosa de posibles situaciones o vicisitudes en la relación laboral que contribuyen enormemente a satisfacer los intereses empresariales, sobre todo, en momentos de dificultades o crisis (ej. la ambigüedad y amplitud de las causas justificativas de las modificaciones en el campo de la movilidad geográfica, de la suspensión contractual por causa empresarial o de la modificación de condiciones de trabajo, así como de las materias objeto de negociación como la jornada, horario, sistema de trabajo y rendimiento, etcétera, o, en su caso, la ausencia de causa para llevar a cabo una movilidad funcional).

La búsqueda del equilibrio entre los intereses empresariales y laborales ante los cambios y la necesidad de adaptación convierte a la negociación colectiva en un instrumento al servicio de la flexibilidad interna. Esa adaptación de los trabajadores a los cambios de condiciones laborales contemplados en la negociación colectiva podría abordarse desde dos puntos de partida distintos: por un lado, desde la función propia u originaria de la autonomía colectiva que tiene por objetivo regular las condiciones de trabajo o empleo de manera consensuada en el momento inicial de la negociación de un convenio colectivo y que forma parte del carácter transaccional del mismo (ejemplo, fijación de la jornada y/o su distribución, el establecimiento de complementos salariales o, en el aspecto que nos interesará en este estudio, la determinación del sistema de clasificación profesional, la polivalencia o el establecimiento de criterios para la promoción o ascensos que serán la base de la posterior movilidad funcional, etc..) y, por otro lado, desde la llamada que se hace a la negociación colectiva -desde la ley o desde el convenio colectivo vigente- para solventar los problemas que puedan surgir cuando se produzcan modificaciones a lo pactado en atención a circunstancias

---

<sup>6</sup> Respecto a la movilidad individual pactada véase la STS 713/2019, de 15 de octubre –RJ 2019/4636- considera válida la cobertura de puestos de trabajo en la modalidad de adscripción temporal mediante acuerdos individualizados, pues ni el convenio colectivo ni las normas estatales se oponen a la movilidad individual pactada.

justificadas que eviten la pérdida de empleo. Esta última vertiente, sin embargo, se circunscribe legalmente a vicisitudes como la modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo, el traslado colectivo o la suspensión contractual ante situaciones justificativas extraordinarias, quedando la movilidad funcional fuera del campo de actuación de la flexibilidad negociada, sin perjuicio de que las partes puedan extender dicho instrumento a ese instrumento empresarial.

Así, la denominada flexibilidad interna negociada se fundamenta en la autonomía colectiva que se aprecia cuando la negociación colectiva es llamada por la ley para conseguir un acuerdo que recoja los intereses contrapuestos de los sujetos colectivos en momentos excepcionales o cuando estos sujetos, por sí mismos, intentan alcanzar una solución negociada que, buena o mala, contrarreste la flexibilidad interna unilateral decidida por el empresario. Es, precisamente, la evolución sufrida por esta última la que ha llevado a pensar en la existencia de un nuevo papel de la negociación colectiva que consiste en promover la negociación de medidas de adaptación interna como un medio para conservar los puestos de trabajo, desvelando a esta figura como una alternativa a la destrucción de empleo.

En todo caso, parece unánime la opinión de que la negociación colectiva se alza como el instrumento más adecuado para introducir mecanismos de flexibilidad interna en la empresa, utilizándose instrumentalmente para alcanzar de manera consensuada los mismos objetivos que pretende la ley, es decir, la adaptación de las condiciones laborales para poder conservar los puestos de trabajo y no tener que adoptar otras medidas más drásticas para el trabajador.

En esta línea, podemos decir que la remisión a la negociación colectiva es variada en cuanto a su forma, situándonos frente a diversos escenarios. Escenarios que dieron pie tanto a una articulación general acogedora de la heterogénea diversidad de planteamientos mediante los cuales se ordena la estructura de la negociación colectiva, como a una articulación específica enfocada en determinadas materias<sup>7</sup>. Y, así, junto a la posibilidad de recurrir a esta segunda vía, nacía la facultad de establecer relaciones distintas respecto a dichas materias bien a favor del convenio colectivo sectorial, empresarial o al acuerdo de empresa entre otras muchas más alternativas. Como resultado, se incrementaba

---

<sup>7</sup> VILA TIerno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022.

la complejidad, ya de por sí elevada, pero también se ampliaba las opciones flexibilizadoras por la utilización indistinta de unas y otras<sup>8</sup>.

En fin, este es el panorama que se encontró el legislador para abordar la empresa reformista en 2021<sup>9</sup>. A partir de aquí debe construir el diseño con el que corregir las nuevas (y/o antiguas y persistentes) disfunciones (re)descubiertas en una reforma que nació para solventar las anteriores. El panorama tras dicha reforma, tal y como se ha reseñado, al margen del Título III ET, no varía sustancialmente en cuanto a que el convenio colectivo sigue siendo protagonista como instrumento de flexibilidad interna, pero mediante la dimensión que el ordenamiento laboral le reconoce a través de las formas clásicas de relación entre normas laborales -suplementariedad, supletoriedad y complementariedad frente a la exclusión-. Ello permite que, atendiendo a cada materia específica, se atribuya un mayor o menor grado de actuación para la ordenación convencional. De la ordenación legal, se desciende, por tanto, a ámbitos más reducidos, mediante la ordenación de cada una de las materias o aspectos que componen la relación laboral y que disponen de un tratamiento separado en el ET.

Se configura así un ordenamiento flexible, que pretende situar cada una de las referidas materias en el nivel que se considera más adecuado para responder a los umbrales de adaptabilidad que el legislador estima óptimos según la percepción que se integra en su ideario de política legislativa<sup>10</sup>. Y así, con las dife-

---

<sup>8</sup> Los elementos que caracterizaban ese modelo eran, en primer término, la apuesta las relaciones de supletoriedad (y en alguna ocasión de suplementariedad), frente a una regulación legal cerrada y más garantista. A decir verdad, la pérdida de rigidez es incuestionable; lo que antes era una norma imperativa absoluta, una norma de derecho necesario y que escapaba de la ordenación de mano de otras instancias, cede a favor de la posibilidad concedida a las partes negociadoras de regular en ámbitos cada vez más reducidos. Y ello es lo que se consigue, en segundo término, a través de la articulación específica, así como de las reglas de articulación y concurrencia generales (art. 84 ET y sus excepciones) en segunda instancia. Además, acompañando a todo lo anterior se encontraba otra de las medidas estrella como fue la ultraactividad legal limitada en el tiempo (supletoria a la convencional), que se suponía que iba a dinamizar los procesos negociadores, impidiendo la petrificación de las unidades negociables.

<sup>9</sup> Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024, espec., págs. 177 y sigs.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, *Temas Laborales*, núm. 76 (2004), pp. 255-285. [https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/05/33\\_720\\_3.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/05/33_720_3.pdf); MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas Laborales*, núm. 120 (2013), págs. 439-482; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024, espec., págs.101 y sigs., y 289 y sigs.

rentes instituciones que admiten esta ordenación, se crea un complejo sistema de reenvíos de la ley al convenio que puede sistematizarse en la tabla<sup>11</sup> que se acompaña (que no pretende ser exhaustiva respecto de lo contemplado en el ET en cuanto a relación ley-convenio, pero sí respecto a los principales elementos de flexibilidad interna en lo que entendemos articulación específica por materias), completada por las referencias que el V AENC tiene al respecto:

<i>Tipo de contrato</i>	<i>Remisión</i>	<i>Tipo de convenio</i>	<i>Referencia normativa</i>	<i>VAENC</i>
Contrato de formación en alternancia	Tiempo de trabajo	General <sup>12</sup>	11.2 i )	-
	Supletoriedad		11.2 m)	Cap. III.2
	Retribución (en su defecto se fijan límites)			
	Supletoriedad			
	Puestos de trabajo	Sectorial	11.4 e)	Cap. III.2
	Suplementariedad			
Contrato para la obtención de la práctica profesional	Duración del contrato (Suplementariedad)	Sectorial	11.3 b)	Cap. III.2
	Período de prueba (supletoriedad)	General	11.3 e)	Cap. III.2
	Salario (suplementariedad)	General	11.3i)	Cap. III.2
	Puestos de trabajo	Sectorial	11.4 e)	Cap. III.2
Suplementariedad				
Contratos formativos (ambos)	Presencia equilibrada entre mujeres y hombres	Convenios o acuerdos colectivos	11.6 m)	Cap. III.2
	Compromisos de conversión en indefinidos			
	Porcentaje trabajo presencial (trabajo a distancia)	Sectoriales	DA 1ª Ley 10/2021	

<sup>11</sup> Tabla de elaboración propia, desarrollada por VILA TIERNO, F. y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDI 32/2021” en Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum, núm.4, 2022, págs. 71 y sigs.

<sup>12</sup> No se remite a ningún tipo de convenio, pero se fija un tope absoluto que debemos entender como margen absoluto, dentro del cual, la negociación colectiva puede fijar un tope distinto.

<i>Tipo de contrato</i>	<i>Remisión</i>	<i>Tipo de convenio</i>	<i>Referencia normativa</i>	<i>VAENC</i>
Contrato a tiempo parcial	Modo de distribución de jornada	General	12.1	-
	Interrupción de la jornada laboral (supletoriedad)	General	12.4 a) 112.4 b)	Cap. III.1
	Procedimientos conversión a tiempo completo (complementariedad)	General	12.4 e)	Cap. III.1
	Acceso a formación profesional para el empleo (complementariedad)	General	12.4. f)	Cap. III.1
	Topes de horas complementarias respetando los topes legales -30/60%-(suplementariedad) 15/30% (suplementariedad)	General	12.5 c) y g)	Cap. III.1
	Preaviso para la realización de horas complementarias (supletoriedad)	General	12.5 d)	Cap. III.1
	Topes de jornada	General	12.5 h)	-
	Reconocimiento de derechos. Proporcionalidad.	General	12.4 d)	-
	Comunicación de existencia de vacantes indefinidos (complementariedad)	General	12.4 e)	-
Contrato de relevo	Fomento de la contratación (complementariedad)	General	12.7 e)	-
Período de Prueba	Duración Supletoriedad Para empresas con menos de 25 trabajadores-Suplementariedad Contratos < 6 meses (supletoriedad)	General	14.1	Cap. III.1
Circunstancias de la producción	Imprevisible u oscilaciones: Duración (suplementariedad)	Sectorial	15.2	Cap. III.1

<i>Tipo de contrato</i>	<i>Remisión</i>	<i>Tipo de convenio</i>	<i>Referencia normativa</i>	<i>VAENC</i>
Sustitución	Causas de sustitución Y topes de duración para proceso de selección	general	15.3	-
Contratación temporal y conversión en indefinidos y formación	Criterios objetivos de transformación en indefinidos, planes de reducción temporalidad, criterios generales de proporcionalidad y preferencia (complementariedad)	general	15.7	Cap. III.1
	Vías de acceso a formación profesional (complementariedad)	convenios /ac. de emp	15.8	
Fijos - discontinuos	Forma y orden de llamada (complementariedad)	General Ac. de emp.	16.3	Cap. III.1
	Topes máximos de inactividad entre subcontratas	sectorial	16.4 16.5 16.7	Cap. III.1
	Posibilidad de celebración a tiempo parcial (complementariedad)			
	Bolsa de empleo (complementariedad)			
	Conversión en indefinidos			
	Mismos derechos de conciliación o inexistencia de perjuicios	general	16.6	-
Sistema de clasificación profesional	Sistema de clasificación por grupos (complementariedad)	General o acuerdo de empresa	22.1	Cap. IX.1
Salario	Estructura (complementariedad)	General o contrato de trabajo	26.3	Cap. VI
	Pagas extras (momento pago y cuantía)	general	31	-
	Complementariedad			

<i>Tipo de contrato</i>	<i>Remisión</i>	<i>Tipo de convenio</i>	<i>Referencia normativa</i>	<i>VAENC</i>
Jornada	Duración	General o contratos de trabajo	34.1	-
	Distribución irregular y compensaciones (con topes, suplementariedad, para el máximo de jornada)	General o acuerdo de empresa	34.2 34.3	Cap. IX.2
	Descansos jornadas continuas	General	34.4	-
	Registro	General y acuerdo de empresa	34.9	-
Horas extras	Compensación (suplementariedad)	General o contrato	35.1 y 4	-
	Carácter obligatorio de las pactadas	general		
Trabajo nocturno	Retribución	general	36	-
Vacaciones	Mínimo (suplementariedad), Periodos de disfrute,	General	38	-
Movilidad funcional	Limitaciones de ascenso/ Por otra parte, respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General	39	-
Movilidad geográfica	Traslados (mínimos de compensación por convenio)  Prioridad de permanencia  Por otra parte, respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General  Pero lo esencial es la flexibilidad vía acuerdo en Periodo de consultas	40	-
MSCT	Respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	Lo esencial es la flexibilidad vía acuerdo en Periodo de consultas	41	-
Subcontratación	Régimen convencional	Varios	42	-

<i>Tipo de contrato</i>	<i>Remisión</i>	<i>Tipo de convenio</i>	<i>Referencia normativa</i>	<i>VAENC</i>
Suspensión	Respetando el régimen legal puede haber cambios en convencional (aunque no se especifique en la norma)	General	45	-
ERTE	Acuerdos en períodos de consultas	Acuerdos	47	Cap. IX.4

Y ello al margen de otras posibilidades no relacionadas en el ET como el contrato indefinido adscrito a obra, el trabajo a distancia...

En términos generales puede decirse que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva, cuestión distinta es que ésta aproveche todo el espacio que se le concede. Además, no tiene por qué limitarse a las remisiones explícitas, sino que otros extremos que no han sido expresamente abordados en la ley podrían ser directamente abordados por la normativa convencional. Sin embargo, una primera valoración del contenido de la negociación colectiva nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen como novedoso frente a la ley, si bien, en los distintos epígrafes que tratan cada una de las materias de manera concreta, se detalla el desarrollo por parte de los convenios colectivos. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de los elementos de flexibilidad interna, sino que el contenido de ésta, a pesar de lo extenso, carece, en su mayor parte, de elementos significativos. Sea como fuere, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdénarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para el trabajador que, de este modo, no debe enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana.

Por último, e independientemente del análisis global que se realiza respecto del tratamiento de los diferentes AENC, en sus distintas versiones (vid. *infra*), respecto a lo contemplado en el V AENC, es preciso hacer una mínima referencia de manera independiente a las referencias de la tabla antes señalada. En este sentido, hay dos cuestiones básicas: a) la reiteración de contenidos respecto a lo planteado en la ley, si bien, incidiendo en algunos aspectos que las partes entienden más relevantes; b) la aparición, estelar, de nuevos contenidos en gran parte del Acuerdo, dejando a un lado aspectos más tradicionales.

Por último, e independientemente del análisis global que se realiza respecto del tratamiento de los diferentes AENC, en sus distintas versiones (vid. *infra*), respecto a lo contemplado en el V AENC, es preciso hacer una mínima referencia de manera independiente a las referencias de la tabla antes señalada. En este

sentido, hay dos cuestiones básicas: a) la reiteración de contenidos respecto a lo planteado en la ley, si bien, incidiendo en algunos aspectos que las partes entienden más relevantes; b) la aparición, estelar, de nuevos contenidos en gran parte del Acuerdo, dejando a un lado aspectos más tradicionales.

Debe tenerse presente que este Acuerdo se alcanza en un contexto en el que prevalecen, de un lado, la sucesión de crisis económicas (pandémica, energética, bélica, inflacionista) que dificultó, en gran medida, alcanzar un consenso y, de otra, la “necesidad de afrontar las grandes transformaciones estructurales -digital, ecológica, demográfica, de los cuidados-, transformaciones profundamente disruptivas también en el empleo y el funcionamiento de las empresas, que la pandemia y las posteriores crisis han venido a acelerar” (Preámbulo V AENC).

En esta línea, el mismo Acuerdo nos señala cuáles son aquellos contenidos a los que nos referíamos, señalando, en primer término “el recordatorio de las materias de empleo y contratación que la Reforma Laboral mandata para su desarrollo desde la negociación colectiva” (para fortalecer la estabilidad laboral), esto es, se desarrolla parte de lo que hemos señalado como articulación específica por materias, en concreto, la relativa a contratación laboral (con menciones expresas, por ejemplo, a cuestiones tan relevantes y debatidas como la regulación convencional del contrato fijo discontinuo y la posibilidad de suscribirlo a tiempo parcial si así lo contempla el convenio colectivo sectorial). Posteriormente, se centra en el objetivo de recuperación de salarios haciendo recomendaciones sobre estructura salarial y fijando porcentajes de incremento (en el marco de la flexibilidad retributiva). A partir de este punto se observan varias cuestiones diferenciales, junto a otras menos novedosas como la Seguridad y salud laboral, la jubilación parcial y flexible o la formación y cualificación profesional:

- Análisis de indicadores de IT (reducción de absentismo);
- Igualdad y perspectiva de género (transversal);
- Integración y antidiscriminación de personas con discapacidad y colectivo LGTBI;
- Luchas contra las formas de violencia sexual;
- Desconexión digital;
- Mecanismos para facilitar la transformación tecnológica, digital y ecológica y las consecuencias en el mundo empresarial.

Se manifiesta, de este modo, un nuevo campo de acción que se deriva de la propia regulación, en muchos casos, de una normativa específica -especialmente en materia de igualdad- en la que se le da un reconocimiento concreto al ámbito del trabajo por cuenta ajena, de manera que existe una nueva llamada a la negociación colectiva para desarrollar los contenidos básicos de la ley. Supone, en tal

caso, una ampliación del radio de acción de la reiterada articulación específica por materias, desbordando, en gran medida, la norma que venía siendo el referente, como el Estatuto de los Trabajadores. Puede, por ejemplo, citarse como la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en su art. 14.e) señala que entre las medidas que se podrán adoptar se encuentra la de “Impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias”. Esta posibilidad se debe ir concretando en la ordenación convencional, si bien, la ley anunció un desarrollo reglamentario que está pendiente de implantación.

Por último, y de manera concreta, afirma, de un modo más directo: “Apostamos, igualmente, por los mecanismos de flexibilidad interna, como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales, en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras. Entre esos instrumentos cabe destacar, por ser una de las novedades centrales de la reciente Reforma Laboral, los criterios compartidos de utilización de los ERTE y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas. Igualmente pretendemos desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre nueva normativa de trabajo a distancia -o teletrabajo-, alcanzado en el diálogo social tripartito en el año 2020, remite a dicha negociación. Y se hace una novedosa apuesta por establecer pautas compartidas en el desarrollo efectivo del derecho a la desconexión digital desde la autonomía colectiva”. En este orden, mientras que poco se aporta respecto al derecho de desconexión digital, parece muy importante la llamada a la negociación colectiva para cumplir el importante papel que el legislador le otorgó en la regulación del trabajo a distancia, con un importante número de aspectos sometidos a la ordenación convencional.

Destaca, sin embargo, la escasa atención que se muestra respecto a otras medidas de flexibilidad interna de carácter o corte más clásico. Y así, salvando la regulación del descuelgue convencional o inaplicación del convenio en el marco de la articulación general (Cap. IX.3), a la que posteriormente nos referiremos (vid. infra), apenas si se encuentra una mínima alusión que no añade nada sobre la movilidad funcional (apenas una declaración programática sobre su uso y la garantía a los derechos de los trabajadores o la necesaria regulación de grupos

profesionales previstos desde 2012), sin que, por el contrario, se incluya mención alguna, por ejemplo, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo o a la movilidad geográfica, en sentido contrario al que se observa en el texto de los convenios colectivos (aunque solo sea para reproducirlos)<sup>13</sup>.

Es necesario, en este punto, remitirnos a cada una de las materias en concreto para ver como la negociación colectiva ha ido implementado aquellos contenidos adelantándose, incluso, al V AENC, o marcando o delimitando sus líneas maestras.

## B.2. MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: DERECHO A UN TRABAJO DECENTE, FORMACIÓN PROFESIONAL, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL\*

El debate actual sobre la flexibilidad interna debe situarse hoy día en el marco de las transiciones tecnológicas, económicas, climáticas-ecológicas, sociales y de género. La cuarta revolución industrial (Revolución industrial 4.0) o “era digital” va a tener una incidencia en el empleo, tanto en lo relativo a los niveles de empleo como en las formas de empleo. Por lo pronto, lo que claramente se aprecia son cambios significativos en el empleo: más allá de la tendencia a la expansión de las plataformas digitales y la economía “colaborativa” (que suele

---

<sup>13</sup> Así, v.gr. Convenio Colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 28); Convenio Colectivo del Sector Industrias Siderometalúrgicas de Navarra (art. 23); Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (art. 10); Convenio Colectivo de empresa para el personal laboral del Ayuntamiento de Cangas del Narcea (art. 16); Conveni collectiu de treball de l’empresa Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Recambios) (arts. 16 y 17), Convenio Colectivo de la empresa Akra Rehabilitación (capítulos VIII y IX); Convenio colectivo de Recuperación de Materiales Diversos, SA (art. 11); Convenio colectivo de la empresa Vía Augusta, S.A. (art. 19), etc. <sup>13</sup> Así, v.gr. Convenio Colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 28); Convenio Colectivo del Sector Industrias Siderometalúrgicas de Navarra (art. 23); Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (art. 10); Convenio Colectivo de empresa para el personal laboral del Ayuntamiento de Cangas del Narcea (art. 16); Conveni collectiu de treball de l’empresa Nissan Motor Ibérica, SA (Centro de Recambios) (arts. 16 y 17), Convenio Colectivo de la empresa Akra Rehabilitación (capítulos VIII y IX); Convenio colectivo de Recuperación de Materiales Diversos, SA (art. 11); Convenio colectivo de la empresa Vía Augusta, S.A. (art. 19), etc.

\* Apartado realizado por José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ, *Catedráticos del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*; Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Pompeyo*; Gabriel ORTEGA LOZANO, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*.

ocultar la realidad de una relación subordinada), hoy tenemos un empleo menos estandarizado; más fraccionado e inestable; con un mayor sometimiento de la organización del trabajo y del empleo a transformaciones permanentes y no siempre previsibles, ya que suelen estar presididas por la incertidumbre, con la consecuencia de un incremento de la flexibilidad laboral interna y externa<sup>14</sup>.

La robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, las redes de gran velocidad, el sistema digital..., han ocasionado cambios radicales en los procesos de producción de bienes y servicios, con el mismo objetivo, sin embargo, que las revoluciones tecnológicas de épocas pasadas: la optimización del beneficio al permitir producir más en menos tiempo y con menos mano de obra<sup>15</sup>. Todo ello unido a la constante y permanente necesidad empresarial de responder y adecuar su estructura a las fluctuaciones del mercado y de la demanda en el sustrato productivo actual, caracterizado por las exigencias de competitividad y rentabilidad empresarial, aconsejan dotarse de una estructura móvil, no estática, como presupuesto y condición sine qua non para la propia supervivencia del negocio, que necesita disponer a la carta de un mayor o menor número de efectivos y de mayor flexibilidad de adecuación de las condiciones de trabajo de sus trabajadores con el fin de dar respuesta rápida a las continuas oscilaciones de la demanda<sup>16</sup>.

Sin embargo, la regulación y utilización de los mecanismos de flexibilidad interna deben llevarse a cabo en el marco del derecho a un *trabajo decente*, tal como lo establece la OIT, es decir, trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. La OIT señala que deben renovarse los fundamentos democráticos de nuestros mercados de trabajo y reforzarse el diálogo social. Es decir, se deberán garantizar los derechos fundamentales del trabajo, velando por que todos los trabajadores gocen de la

---

<sup>14</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPOSITO, MARCO Y PERÁN QUESADA, S. (dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Granada, Comares, 2021, págs. 4-5.

<sup>15</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. Laborum, nº 2 (1er Trimestre 2022), págs. 11-12; KAHALE CARRILLO, D.T.: “El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pág. 215.

<sup>16</sup> Vid. GARCÍA NINET, J.L.: “A vueltas con el tiempo de trabajo y la productividad o sobre cómo flexibilizar más el tiempo de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004, pág. 5; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919, pág. 53.

protección laboral adecuada y administrando de manera activa la tecnología para garantizar trabajo decente<sup>17</sup>.

Las instituciones que regulan el trabajo, desde la reglamentación y los contratos de trabajo hasta los convenios colectivos y los sistemas de la inspección de trabajo, son para la OIT las piedras angulares de las sociedades justas. Desde esta perspectiva, la negociación colectiva puede contribuir de manera importante a establecer una “Garantía Laboral Universal” y aumentar el piso de protección social, de forma que los trabajadores puedan disfrutar de derechos fundamentales en el trabajo, un salario adecuado, límites máximos respecto a las horas de trabajo y protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Las medidas de flexibilidad interna negociadas colectivamente pueden permitir ampliar la soberanía sobre el tiempo, de forma que los trabajadores puedan tener una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa, aprovechando la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal además de mejorar la productividad. Mediante la negociación colectiva se pueden establecer medidas reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo. En el marco del derecho a un trabajo decente, la flexibilidad interna no puede estar exclusivamente al servicio de los intereses empresariales ni imponerse unilateralmente. Por el contrario, mediante una flexibilidad interna negociada se trata de implantar incentivos económicos serios, gestionar el cambio tecnológico y organizativo de manera anticipada, proactiva y coordinada, buscar el sostenimiento del empleo y mantener el despido como última medida. Se trata de hacer frente a la realidad socio-económica actual pero situando al trabajador y al trabajo decente en el centro y dotando de verdadero protagonismo a los agentes sociales<sup>18</sup>.

También a través de la negociación colectiva, con el apoyo de las instituciones, las políticas y las estrategias públicas, se puede, y se debe, contribuir a generar un ecosistema de aprendizaje a lo largo de la vida que sea efectivo. La inversión en las capacidades de las personas permitirá que los trabajadores progresen en la era digital, ampliando sus posibilidades y mejorando su bienestar y, al mismo tiempo, su adaptación a los cambios productivos mejorando su productividad y la competitividad de las empresas. La regulación convencional respecto a la *formación y recualificación profesional* puede contribuir también a aumentar las posibilidades de los trabajadores de edad más avanzada (45, 55 o 65 años) para que puedan seguir siendo económicamente activos.

---

<sup>17</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Laborum, Murcia, 2019, págs. 217-218.

<sup>18</sup> Vid. MUROS POLO, A.: “Trabajo decente y flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Granada, Comares, 2022, págs. 614-615.

Partiendo de la permanente correlación existente entre los cambios tecnológicos y la evolución de los sistemas de capacitación y formación profesional, en la coyuntura actual, se espera que la “doble transición, verde y digital” –en la terminología europea-, junto con el amplio despliegue de la inteligencia artificial y la robótica, determine el avance hacia una economía eficiente en el uso de los recursos, circular, digitalizada y climáticamente neutra que requerirá la necesaria cualificación profesional para realizar o desempeñar las funciones laborales exigidas por las características específicas de los nuevos o renovados técnicamente puestos de trabajo. Serán necesarias nuevas “capacitaciones”, en muchos casos mediante estándares de competencia más flexibles y “microformaciones” requeridas en muchos casos para adaptarse a los cambios –fundamentalmente tecnológicos- que se están llevando a cabo en los sistemas productivos, de forma que partiendo de las competencias que el trabajador ya posee y de la experiencia laboral previa pueda adquirir las habilidades necesarias que le faltan para desempeñar adecuadamente el puesto de trabajo<sup>19</sup>.

Por todo ello, se plantea la necesidad de que las empresas empiecen a considerar el lugar de trabajo como el aula del futuro, ofreciendo la formación necesaria de manera que nadie tenga que plantearse dejar su trabajo para obtener más y dando valor al talento propio, a los trabajadores ya ocupados en sus empresas, permitiéndoles validar las habilidades que poseen recapacitándolos, en vez de buscar talentos fuera<sup>20</sup>.

En la negociación colectiva se debe abordar la regulación convencional de la formación profesional, por una parte, como parte de la educación permanente, que no se agota en procurar a las empresas la mano de obra cualificada que necesitan, sino que también debe ser un instrumento de promoción social y cultural de la persona del trabajador. Pero también, al mismo tiempo, como una formación que capacite realmente para el trabajo, para lo cual será imprescindible que las personas adquieran una formación que les permita adaptarse continuamente a los cambios tecnológicos y organizativos, adecuándolos de forma que puedan ser utilizados en la empresa. La tecnología y la digitalización han transformado el panorama laboral casi por completo en todos los sectores, la Inteligencia Artificial es ya y será en los próximos años uno de los motores del desarrollo económico y social, de modo que es esencial que las empresas se conformen también como un lugar de aprendizaje de la Inteligencia Artificial mediante la experimentación, como una inversión de futuro y de progreso para aprovechar

---

<sup>19</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 160/2021, págs. 92-93.

<sup>20</sup> Vid. WEISE, Michelle: *Long Life Learning: Preparing for Jobs that Don't Even Exist Yet*. Editorial Wiley, 2021.

las oportunidades de empleo que abre y también para garantizar el respeto de la ciudadanía y de los valores y derechos individuales y colectivos.

La preocupación por potenciar las tecnologías y las ramas productivas del futuro (las derivadas de la transición ecológica y digital) y por la reestructuración de aquellos sectores en crisis tratando de aumentar en ellos el componente tecnológico y los cambios técnico-organizativos (mayor flexibilidad organizativa y de uso de la fuerza de trabajo, la robótica, la informatización del trabajo terciario, descentralización productiva, auge del teletrabajo...) debe ir acompañada de un interés creciente por los problemas de la formación general y en la empresa. La negociación colectiva debe favorecer, así, tanto la formación, la reconversión, el perfeccionamiento y el reciclaje de los trabajadores (reskill y upskill), como la capacitación y ajuste de la oferta de mano de obra altamente cualificada exigida para la concepción y utilización de las tecnologías; y debe poner también énfasis en aprovechar los talentos y diversidad derivados de los cambios demográficos (trabajadores de más edad, emigración...).

En esa línea, el desarrollo de las políticas de formación profesional en la Unión Europea se enmarca dentro de las autocalificadas políticas de flexiseguridad integradas para facilitar la transición al mundo laboral, la adecuación de los desempleados a los puestos de trabajo disponibles y la mejora de las capacidades de las personas. La estrategia global de aprendizaje permanente se configura, así como un “factor de seguridad del empleo y de competitividad de las empresas”, que forma parte del enfoque integrado de la flexiseguridad.

Otro aspecto importante que debe presidir la negociación de medidas de flexibilidad interna es la *perspectiva de género*. Las medidas que permitan la corresponsabilidad en los cuidados no remunerados en el hogar, la eliminación de la violencia y acoso en el trabajo y las políticas de transparencia salarial son condiciones para la igualdad de género. Es preciso también adoptar medidas específicas orientadas a la igualdad de género en los puestos de trabajo que las nuevas tecnologías harán posible<sup>21</sup>.

La perspectiva de género debe estar presente, así, en las medidas de flexibilidad interna que puedan establecerse legal o convencionalmente. Las medidas de flexibilidad pueden ser -y así se viene impulsando legalmente- el mecanismo utilizado para integrar algunas de las necesidades de los trabajadores y el espacio apropiado para impulsar o promover medidas de igualdad y de conciliación

---

<sup>21</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Laborum, Murcia, 2019, págs. 219-222 y 227.

profesional y familiar, pero también pueden incidir negativamente sobre la situación laboral de los colectivos más deprimidos, entre los que se encuentran las mujeres<sup>22</sup>.

En el ámbito de la flexibilidad salarial, las situaciones suspensivas, reducciones de jornada o permisos vinculados a las responsabilidades familiares, que afectan principalmente a las mujeres, pueden afectar a las retribuciones variables limitando por ello el ejercicio pleno de dichos derechos y constituyendo una discriminación por razón de sexo (como se establece en la STS de 10 de enero de 2017, R<sup>o</sup> 283/2015). La introducción de mecanismos de flexibilidad salarial puede ser vista como una medida positiva para mejorar la productividad y la competitividad empresarial, pero debe mantenerse el equilibrio entre los intereses de las empresas y los derechos de los trabajadores, no sólo por las exigencias del derecho a un trabajo decente sino también desde una perspectiva económica. Y, en cualquier caso, la prohibición de discriminación constituye un límite infranqueable en la negociación de retribuciones variables como mecanismo de flexibilidad interna<sup>23</sup>.

La utilización por parte del empresario del trabajo a tiempo parcial y el teletrabajo, aceptados voluntariamente por el trabajador, en muchos casos ante la todavía limitada posibilidad del trabajador para adaptar la jornada de trabajo (frente a la mayor fortaleza de la flexibilidad a favor del empresario), tiene una mayor incidencia en aquellos trabajadores que tienen responsabilidades familiares, incidiendo por ello de manera especial en las trabajadoras<sup>24</sup>, recayendo sobre las mismas el trabajo en condiciones más precarias y reproduciendo al mismo tiempo los roles tradicionalmente asignados como cuidadoras.

---

<sup>22</sup> Vid. PERÁN QUESADA, S.: “Flexibilidad interna, derechos de conciliación y perspectiva de género”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, págs. 619-621.

<sup>23</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.R. y RODRÍGUEZ LEÓN, I.: “La flexibilidad salarial”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, pág. 217.

<sup>24</sup> Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La flexibilidad sobre el tiempo de trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Granada, Comares, 2022, págs. 249 y sigs.

El teletrabajo se ha visto favorecido como consecuencia de los cambios estructurales derivados de la cuarta revolución industrial, y acelerado por las consecuencias de la Covid-19. Se han destacado las múltiples ventajas que otorga: En cuanto a las ventajas empresariales, se ha señalado como esta modalidad de trabajo puede constituir una herramienta que permita un importante ahorro de costes (al prestar una parte de los trabajadores sus servicios desde el domicilio, la empresa puede optar por un centro de trabajo de menor tamaño con el consiguiente ahorro en el alquiler, así como una reducción en gastos en suministros y en mantenimiento de dichos centros) y, por otro lado, un aumento de la productividad (al poder elegir los trabajadores cuando trabajar y no estar sometidos a continuas interrupciones por parte de sus compañeros de trabajo). Desde el punto de vista del trabajador el teletrabajo se viene configurando como una de las principales herramientas para lograr la conciliación de la vida familiar y profesional, como consecuencia de la flexibilidad que esta modalidad de trabajo otorga, también permite un importante ahorro en tiempo, gastos de desplazamiento o adquisición de una residencia cercana al lugar de trabajo, e impulsa una mayor formación en el uso de las nuevas tecnologías de la información<sup>25</sup>.

Sin embargo, también son relevantes los posibles riesgos inherentes al mismo y que, si no son debidamente afrontados, pueden suponer graves perjuicios para estos trabajadores, pudiendo llevar a una pérdida del valor del trabajo como elemento de sociabilidad e integración social; repercutiendo en el interés colectivo al reducir o eliminar el sentimiento de grupo y la solidaridad entre los trabajadores; introduciendo nuevos riesgos laborales y dificultando su prevención como consecuencia de la realización del trabajo desde el propio domicilio del trabajador; y produciendo un aumento del número de horas de trabajo, difuminándose así las líneas que dividen la vida privada y personal.

En particular, la introducción del teletrabajo en la empresa como mecanismo de flexibilidad requiere identificar los riesgos que plantea desde un punto de vista de género y analizar en la negociación colectiva cómo afrontar dichos riesgos de forma que sea posible consolidar un marco jurídico suficiente que evite que el teletrabajo consolide estereotipos y brechas de género ya presentes en nuestro sistema legal y social, al ser las mujeres las que acuden en mayor medida a esta herramienta para lograr la conciliación de la vida personal y familiar, recayendo sobre las mismas, además de las tareas relacionadas con su trabajo, también aquéllas otras relacionadas con el hogar y el cuidado de los hijos y personas

---

<sup>25</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum. Colección Temas Puntuales, nº 7. Murcia, 2022, págs. 57 y sigs.; LÓPEZ VICO, S.: “Trabajo a distancia y teletrabajo: visibilidad de la mujer en el plano virtual”, en RUIZ ÁLVAREZ, R., MOLINA FAJARDO, M.A. y HIDALGO FERNÁNDEZ, F. (Eds.): *Ganarse la vida. Género y trabajo a través de los siglos*. Dykinson, 2022, págs. 389-391.

mayores. Ya la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, con el fin de evitar este sesgo, establece (art. 8) que “en el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa”. Establecida esta garantía legal, corresponde también a los interlocutores sociales velar por su cumplimiento, evitando, como está ocurriendo en la práctica, que en numerosos convenios colectivos no se tenga en cuenta la perspectiva de género en la regulación del teletrabajo y no se incorpore ninguna medida en esta materia, ni siquiera haciendo referencia a la garantía específica de la igualdad de género o contra la perpetuación de los roles de género en el teletrabajo<sup>26</sup>.

También son escasos los convenios colectivos que protegen a la mujer directamente en supuestos de traslados colectivos o suspensiones y despidos colectivos. La prioridad de permanencia en función del género sólo suele abordarse, en términos generales, en relación con las responsabilidades familiares (las mujeres constituyen el colectivo que se dedica mayormente al cuidado de hijos, personas mayores y personas dependientes, por lo que indirectamente son favorecidas cuando se establece la prioridad de permanencia de los trabajadores con responsabilidades familiares), pero no se establece una protección del colectivo femenino como tal en aquellos trabajos en los que las mujeres están subrepresentadas. El convenio colectivo podría ser un instrumento idóneo para establecer estas medidas de acción positiva en relación con la utilización de algunas medidas de flexibilidad interna como suspensiones o traslados en relación con los sectores o trabajos en los que las mujeres estén menos representadas<sup>27</sup>.

Un aspecto importante que debe ser tenido en cuenta a la hora de negociar medidas de flexibilidad interna es como éstas afectan a las relaciones jurídicas de seguridad social y a la protección ofrecida por el sistema de seguridad social (relaciones jurídicas de afiliación, cotización y protección). Como consecuencia de ello, en algunos casos las reformas laborales que introducen y regulan medidas

---

<sup>26</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum. Colección Temas Puntuales, nº 7. Murcia, 2022, págs. 99 y sigs.

<sup>27</sup> Vid. ROQUETA BUJ, R.: *La selección de trabajadores afectados por despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 36; ROALES PANIAGUA, E.: “La movilidad geográfica colectiva como medida de flexibilidad espacial: procedimiento y preferencias”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022, pág. 98.

de flexibilidad suelen venir acompañadas de medidas que establecen beneficios en la cotización -mediante bonificaciones, exoneraciones y aplazamientos- y en menor medida en relación con la protección por desempleo. Pero, en otros casos, la afectación a las relaciones jurídicas de seguridad social es un efecto indirecto de las medidas laborales<sup>28</sup>. Por ello, las políticas públicas no deberían centrarse únicamente en promover la transición desde modalidades de empleo no estándar hacia el empleo permanente, a tiempo completo y dependiente. También deberían tener en cuenta la necesidad de asegurar una protección adecuada para los trabajadores ocupados en todos los tipos de empleo y con condiciones laborales flexibles. Las transformaciones en las relaciones de empleo determinan la necesidad de políticas que amplíen y desarrollen la cobertura de la protección social, de forma que no haya una cobertura insuficiente de la protección social ni se establezcan criterios de admisibilidad que en la práctica determinen que solo pueden beneficiarse de la mayoría de las prestaciones las personas que tienen contratos de trabajo regulares<sup>29</sup>.

En el momento actual, se puede hablar de una sociedad caracterizada por la total inseguridad del trabajo, ya que la desestandarización del trabajo y las constantes transiciones profesionales están determinando la discontinuidad en el empleo, y están planteando graves dificultades reales de mantener una carrera profesional coherente y mínimamente estable. La flexibilidad y las nuevas formas de empleo flexible (la proliferación de empleos atípicos y empleos precarios) hace cada vez más imperiosa la combinación de protecciones sociales en el empleo, en el mercado de trabajo y fuera de éste. El mercado de trabajo -ni tampoco el empleo concretamente ocupado, cada vez más inestable y flexible- no ofrece una base segura y estable para organizar un estatuto de ciudadanía de las personas, y lejos de ello su segmentación creciente favorece la creación de nuevas situaciones de desigualdad y de exclusión de muchos individuos que no pueden acceder a una protección social plena construida sobre el trabajo. De manera que los instrumentos utilizados para atender a las necesarias protecciones

---

<sup>28</sup> Vid. RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Flexibilidad laboral interna y seguridad social”, en MONEREO PÉREZ, J.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Comares, Granada 2022, págs. 642-678.

<sup>29</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum. Colección Temas Puntuales, nº 7. Murcia, 2022, págs. 15-16.

sociales frente a los riesgos de la existencia humana se muestran inadecuados o sencillamente insuficientes<sup>30</sup>.

Ha sido necesario, y deberá seguir haciéndose en el futuro, buscar fórmulas para corregir la “doble penalización” sobre las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad, de las reducciones del tiempo de trabajo para permitir la conciliación con labores de cuidado o de su protagonismo en el recurso al tiempo parcial. Todo ello conlleva salarios más bajos o carreras de cotización más cortas o discontinuas, en definitiva a pensiones más reducidas para las mujeres. La brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas<sup>31</sup>.

Pero también otros colectivos de personas, como los jóvenes y los mayores, encuentran serios obstáculos para completar una carrera de seguro que les permita acceder a una protección social de calidad y con prestaciones suficientes al reducirse las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas. El sistema público de pensiones tiene que garantizar efectivamente pensiones suficientes y socialmente adecuadas que corrijan la brecha vinculada a trayectorias laborales precarias e inestables y carreras de aseguramiento social insuficientes e irregulares.

Todo ello determina la necesidad de medidas legales adecuadas, pero al mismo tiempo la negociación de la flexibilidad en la empresa debe tener en cuenta las consecuencias que las mismas pueden producir en la protección social de los trabajadores.

---

<sup>30</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPOSITO, MARCO Y PERÁN QUESADA, S. (dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Comares, Granada, 2021, págs. 41-44.

<sup>31</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº31 (2º Trimestre 2022), págs. 15-19.

## C. DESARROLLO DE LOS DISTINTOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA. LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA POST-COVID 19 Y DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA\*

### C.1. LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Si descendemos al análisis de la flexibilidad interna y contemplamos su regulación en el ordenamiento laboral español, habrá que convenir en que este no contiene una definición de lo que debería entenderse como tal, pero es fácil colegir que, si el objetivo de esa flexibilidad interna es hacer que las condiciones de trabajo puedan adaptarse a las circunstancias cambiantes en que se desarrollan – productivas, tecnológicas, etc. -, la misma consistirá en la capacidad de definir inicialmente unas condiciones de trabajo adaptables y, posteriormente, en la capacidad de modificarlas cuando sea conveniente para el funcionamiento empresarial.

Todo lo anterior, además, habrá que ponerlo en relación con las principales condiciones de trabajo que serían, al margen de otras cuestiones menores que también entrarían en el concepto, las siguientes: lugar de trabajo, funciones a realizar, salario a percibir, tiempo de trabajo y en general los aspectos de la organización del trabajo.

Como acabamos de exponer, la flexibilidad habría que analizarla en dos momentos: el primero, el establecimiento inicial de las citadas condiciones; el segundo, la modificación posterior de las condiciones inicialmente establecidas.

---

\* Apartado realizado por los catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Carlos L. ALFONSO MELLADO y Gemma FABREGAT MONFORT, y a la profesora de la misma Universidad Dra. María DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA.

Lógicamente es imposible aquí hacer un análisis pormenorizado de todos los problemas que plantean esas condiciones de trabajo esenciales, ni siquiera en cuanto a lo que aquí se analiza, pero pueden extraerse pautas generales al respecto que confirman una conclusión apriorística: nuestro sistema de determinación y modificación de las condiciones de trabajo no puede calificarse de rígido, al menos tras los procesos de reforma iniciados en 1994, que llevaron al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y que se mantienen en el actual texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre y reformado por última vez en términos amplios, por el RDL 32/2021.

En efecto, si atendemos a este texto legal y a las normas que desarrollaron los anteriores y que siguen vigentes, las condicionantes iniciales para que el empresario decida las condiciones de trabajo, son escasas. A él, al empleador, le corresponde determinar; el lugar de trabajo; el salario que ofrece, respetando los mínimos legales y convencionales; las funciones a realizar por el trabajador dentro del sistema de clasificación pactado pero con amplia libertad para esa determinación, admitiéndose incluso la polivalencia funcional; también en lo que atañe al tiempo de trabajo y su distribución le corresponde determinar numerosos aspectos respetando, en todo caso, las reglas generales sobre jornada máxima y períodos de descanso obligatorios que ya son bastante flexibles y en no pocos casos se flexibilizan más mediante las denominadas jornadas especiales para aquellas situaciones y sectores que las necesitan (RD 1561/1995, de 21 de septiembre) -; y, finalmente, tiene la capacidad de decidir inicialmente los elementos esenciales de la organización de trabajo y la dirección y control del trabajo, como derivación y en desarrollo del art. 38 CE – libertad de empresa – y del art. 20 ET que confirma la atribución al empleador del poder de dirección.

Es cierto que esa determinación inicial se sujeta a algunos límites: derechos fundamentales, no abusividad, etc., y sobre todo debe respetar los derechos mínimos legales y convencionales. Aun así, lo cierto es que la ley deja un amplio poder al empresario en este momento.

En materia de lugar de trabajo, la determinación inicial es del empleador.

En cuanto a las funciones, las mismas deben ser objeto de pacto jurídico, pero sociológicamente, es claro que la libertad de negociación del trabajador o trabajadora es muy limitada y en realidad consiste en aceptar o rechazar las funciones que se le proponen.

En materia salarial, ciertamente hay un salario mínimo interprofesional pero el mismo es muy reducido; la norma legal remite a las partes la determinación

del salario, tanto en cuanto a su cuantía como en cuanto a su estructura, pues a ellas corresponde determinar el salario base y los complementos salariales, debiendo establecer el régimen jurídico a que se someterán y el carácter consolidable o no de los mismos, etc. Incluso la norma legal ha ido eliminando muchos de los mínimos que establecía para ciertos complementos y salarios (nocturnidad, horas extraordinarias, etc.).

En materia de jornada, esta debe pactarse respetando la máxima legal y su distribución es bastante libre, pudiendo ser irregular, determinarse el horario, establecerse elementos de gestión flexible de las horas, etc. Se deben respetar los descansos obligatorios, establecidos sobre todo en atención a la seguridad y salud laboral, pero estos no son en absoluto rígidos, permitiendo cómputos superiores al semanal, etc.

Finalmente, en cuanto a organización del trabajo, el límite legal, al margen de los genéricos constitucionales y de buena fe, es la sujeción a lo que sería un uso regular de las facultades directivas, que deben adoptarse, pues, por razones empresariales.

Si pasamos al momento de la modificación, de nuevo el régimen es flexible.

El art. 39 ET permite el cambio de funciones con bastante libertad, partiendo además de que los sistemas de clasificación profesional deben basarse en grupos profesionales; es cierto que el citado precepto contiene algunos condicionantes, pero eso no quiere decir que no quepa una movilidad diferente, sino simplemente que la misma se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo y debe sujetarse al procedimiento previsto para las mismas (arts. 39.4 y 41 ET).

El art. 40 ET permite el cambio de lugar de trabajo, tanto temporal (desplazamiento), como más permanente e incluso definitivo si la causa alegada lo justifica (traslado).

El art. 41 ET permite el cambio de todas las restantes condiciones de trabajo de origen contractual (jornada, retribuciones, organización del trabajo, etc.) y en cuanto a las de origen convencional – entendiéndose por tales las de los convenios estatutarios –, remite al procedimiento de modificación previsto en el art. 82.3 ET. Estos cambios, además, aunque en principio son temporales vinculando su temporalidad a la duración de la causa que los motiva, pueden ser definitivos si la causa alegada lo exige, con la salvedad de que las modificaciones que afecten a condiciones de convenios colectivos no podrán superar en su duración la vigencia del propio convenio.

Puede verse, pues, que las modificaciones son posibles siempre que se necesiten; es cierto que la norma legal establece algunos condicionantes, tanto de procedimiento, generalmente algún tipo de preaviso y una negociación con los representantes de los trabajadores en forma de período de consulta cuando ciertos cambios tengan dimensión colectiva, como de fondo, exigiendo una causalidad que, en su caso, el empresario deberá alegar y probar. Pero esos condicionantes no son en extremo rígidos, al contrario.

En efecto, las reglas de causalidad exigen unos motivos, en su caso, de vinculación al funcionamiento empresarial bastante amplios e interpretados flexiblemente por los órganos judiciales; los mismos están establecidos para garantizar el control judicial y que las decisiones no sean caprichosas, sino que respondan a conveniencias del funcionamiento empresarial.

Las reglas procedimentales son relativamente fáciles de cumplir y no dilatan mucho la decisión empresarial, además de que en general y salvo el caso de las modificaciones de condiciones establecidas en convenios estatutarios, no excluyen que la decisión final tras el procedimiento la adopte el empresario, aunque con posibilidad de impugnación judicial de la misma.

Incluso en las modificaciones de condiciones establecidas en convenios estatutarios, es cierto que el art. 82.3 limita las materias de posible modificación, pero en realidad son todas las esenciales relativas a tiempo de trabajo, retribuciones y organización del trabajo y, aunque aquí no cabe decisión unilateral empresarial, se ha establecido un sistema que desbloquea los desacuerdos (decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico equivalente), que se ha entendido acorde a los preceptos constitucionales y a las obligaciones internacionales.

No puede decirse, pues, que el sistema legal sea especialmente rígido y desde luego no más de lo estrictamente necesario, ni en la determinación inicial de las condiciones de trabajo, ni en su modificación posterior; las rigideces, en su caso, procederán de los pactos y convenios que se establezcan, pero serán elementos de rigidez consensuados y que se han entendido como equilibrados por las partes.

Esta conclusión nos lleva a analizar necesariamente como los agentes sociales han contemplado los posibles pactos en la materia y la importancia y contenido que entienden que deben tener los mismos.

En todo caso, antes de pasar a ese análisis conviene apuntar dos ideas adicionales; la primera es que algunas de las reformas laborales flexibilizaron tanto que han llegado a admitir que existan convenios de empresa de preferente aplicación sobre los sectoriales en toda una serie de materias relativas a las condiciones de trabajo que, conforme a lo establecido en el art.84.2 ET, ante de su última reforma, eran prácticamente todas las importantes, excepto la duración de la jornada. Esto permitía solventar cualquier elemento de rigidez de la negociación sectorial pero, también y no conviene ignorarlo, abrió una puerta a la negociación insolidaria y como elemento de dumping social nada despreciable y que cuenta con ejemplos recientes a los que, como veremos, ha venido a poner remedio la última reforma laboral (la introducida por el RDL 32/2021) al impedir la prevalencia del convenio de empresa concurrente en materia de retribuciones, devolviendo toda su prioridad aplicativa al convenio sectorial.

La segunda idea es que las últimas reformas han avanzado también en la solución del problema que planteaban los periodos de consulta en las empresas sin representantes de los trabajadores, pero lo han hecho con una solución hartamente discutible, legitimando para negociar los mismos a comisiones elegidas *ad hoc* por los propios trabajadores, desindicalizadas y poco fiables como interlocutores reales.

Es muy posiblemente una solución excesiva y que ha potenciado negociaciones irreales, regresiones injustificadas de condiciones laborales y auténticos fenómenos de competencia desleal, de dumping social.

La solución se ha mantenido en la última reforma laboral por razones que no se conocen, aunque posiblemente hayan influido dos: la posición empresarial cerrada al respecto que ha llevado a mantener la regulación en aras al consenso en torno a la reforma de finales del año 2021, y, en segundo lugar, el propio temor a la imposibilidad sindical de asumir todas las negociaciones en las microempresas e incluso el convencimiento de la escasa utilidad que podría tener obligara ello.

## C.2. LOS ACUERDOS SOBRE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LOS DIVERSOS AENC

Coincidiendo con la idea que avanzamos, la flexibilidad interna no se percibe como algo negativo por los interlocutores sociales siempre que responda a los criterios que por ellos mismos se establecen.

El III AENC<sup>1</sup> vigente para los años 2015, 2016 y 2017, ya abordó en extenso la cuestión, dedicando el capítulo IV a los instrumentos de flexibilidad negociada en materia de condiciones de trabajo, aunque lógicamente toda la regulación que introduce en otros capítulos acerca de concretas condiciones de trabajo guarda relación con cuanto se expone en el citado capítulo.

El III AENC contemplaba al respecto regulaciones que deberían introducir los negociadores de los diferentes ámbitos en toda una serie de materias: clasificación profesional y movilidad funcional, ordenación del tiempo de trabajo, inaplicación de condiciones de los convenios colectivos, teletrabajo, incapacidad temporal y absentismo. Además, el propio III AENC en otros capítulos abordaba reglas de flexibilidad en alguna materia, por ejemplo, la salarial y, también, se refiere a la negociación colectiva que, como se verá, es el marco general que se considera idóneo para negociar la flexibilidad, y a los procedi-

---

<sup>1</sup> El IV AENC vigente para los años 2018-2020, es un acuerdo muy limitado centrado esencialmente en materia salarial y que solo establece como cuestiones conexas con la flexibilidad y como compromisos a desarrollar con el gobierno los siguientes: “II. Medidas destinadas al mantenimiento del empleo, favoreciendo alternativas al despido en la empresa, mediante la adaptación de jornada.

*Se propone desarrollar una nueva medida dirigida al mantenimiento del empleo en empresas con dificultades económicas, propiciando reducciones temporales de jornada, favoreciendo que el trabajador/a no se vea perjudicado en su protección social ni en su retribución, la empresa mantenga sus plantillas, y se habiliten procesos de formación para una mayor cualificación de las mismas.*

*Se trata de evitar despidos, contribuir a la viabilidad de empresas en situación de dificultad, ajustar costes laborales manteniendo el empleo y fomentando la formación para el empleo. A la vez promover modelos de flexibilidad interna pactada, frente a la flexibilidad externa, basada en la temporalidad y extinción del contrato, como forma de ajuste al ciclo económico.*

### *III. Formación y Cualificación Profesional.*

*– Las organizaciones sindicales y empresariales instamos a establecer un marco de diálogo para alcanzar un acuerdo en materia de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que contribuya a proporcionar a los trabajadores las competencias, conocimientos y prácticas necesarias para mejorar su cualificación profesional, atendiendo a las necesidades del tejido productivo y favorezca la productividad y competitividad de las empresas.*

*– Las partes asumen el compromiso de impulsar una reforma del actual marco legal regulador que, entre otros, refuerce el carácter laboral del sistema, defina con mayor concreción las tareas y funciones a realizar por los interlocutores sociales, administraciones públicas y entidades de formación; asegure de forma efectiva su financiación y reanualización automática de los excedentes; abra el sistema a nuevos procedimientos de asignación de recursos; aumente la seguridad jurídica de los usuarios del sistema y simplifique los mecanismos de impartición y justificación de las acciones formativas, mejorando así la confianza de las empresas y trabajadores que participan en el mismo.*

*– Y ello teniendo en cuenta que son precisamente las empresas y los trabajadores los que financian el sistema mediante la aportación, con carácter finalista, de la cuota de formación.”*

Como se ve muy escasas referencias - por no decir casi inexistentes - a la materia, posiblemente por entenderse sustancialmente vigentes las del anterior AENC.

mientos de solución de los conflictos laborales por los que también se apuesta como la vía adecuada para resolver las controversias en la materia.

Los interlocutores sociales perciben las medidas de flexibilidad interna como un elemento positivo en dos direcciones: favorecer la adaptación y competitividad de las empresas y ser la alternativa más adecuada frente a otras vías de ajuste con la finalidad, evidente, de mantener el empleo a cambio de flexibilizarlo. El III AENC afirma literalmente: *“los mecanismos de adaptación internos son preferentes a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la flexibilidad interna como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores”*.

Puede verse aquí un concepto esencial que parte de una flexibilidad interna como elemento necesario en la vida de las empresas, pero también como elemento negociado, es decir, participado y además equilibrado al resultar bidireccional, favoreciendo por un lado la adaptabilidad de la empresa, pero por otro el mantenimiento y calidad del empleo. Es un concepto acertado pero que las normas laborales estatales han ignorado claramente en no pocas ocasiones y solo con la reforma del ET de fines de 2021 parece retomarse.

Además, los negociadores llaman reiteradamente a que la negociación de la flexibilidad se produzca en los convenios, tanto de empresa como sectoriales y, sin despreciar otros elementos que expresamente se mencionan como los acuerdos de empresa, para los negociadores del III AENC es claro que el convenio típico es el referente esencial para pactar la flexibilidad, introducir reglas sobre la misma y determinar los mecanismos de solución de los bloqueos que se produzcan. Incluso cuando los negociadores llaman a que la negociación sectorial debería posibilitar que ciertos aspectos como la jornada, el salario y las funciones, se negocien prioritariamente en la empresa, no están concibiendo una negociación en la empresa desarticulada, de mero descuelgue y en buena parte “desindicalizada”, sino que se remiten a la negociación en convenios y acuerdos de empresa con participación preferente de las secciones sindicales, mencionando que debe potenciarse su intervención, y como una negociación articulada con la sectorial y que deben llevar a cabo siempre los sujetos legitimados conforme al artículo 87.1 ET.

Parece un claro rechazo de la negociación desarticulada, potenciadora del dumping social y que en ciertos casos (períodos de consulta) puede hacerse con representaciones *ad hoc*, escasamente fiables.

Si se analizan las reglas concretas que se pactan, se puede ver como se apostaba por una flexibilidad articulada, razonable y participada, incluso asumiendo elementos de flexibilidad importantes, como la existencia de un 10% de porcentaje de jornada que puede ser distribuido irregularmente por el empresario, y también la existencia de una bolsa de horas que puede ser distribuida por el empleador alterando la distribución inicialmente establecida – lo que puede resultar hasta cuestionable pues tiene más lógica como decisión consensuada –.

Por otro lado, se recomendaba la creación de procedimientos que solventas en de forma ágil y eficaz los desacuerdos en todas estas materias, defendiéndose la potenciación de la intervención de las comisiones paritarias de los convenios y el acogimiento a los sistemas de solución autónoma de los conflictos creados por los propios negociadores.

Se establecía, pues, una propuesta coherente que intentaba ser equilibrada, buscando el equilibrio a través de un conjunto de elementos que pasarían, en términos generales, por los siguientes:

1º) Aceptación de la flexibilidad interna en términos razonables.

2º) Necesidad de que la flexibilidad interna se introduzca mediante procedimientos negociados, con participación de los representantes de los trabajadores, preferentemente los sindicales y especialmente mediante la negociación más típica: el convenio colectivo.

3º) Concepción de la flexibilidad interna como un conjunto de medidas bidireccional que interesa a los empleadores – adaptabilidad y competitividad de las empresas -, pero también a los trabajadores – mantenimiento del empleo y de su calidad -, además de tener en cuenta ciertos intereses de los trabajadores que no pueden obviarse (conciliación, igualdad, etc.) y que permiten tomar en consideración el impacto de género de estas medidas que en ocasiones pueden ser potencialmente peligrosas para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

4º) Una cierta secuenciación de las medidas de ajuste que sitúa la flexibilidad interna como opción prioritaria frente a otras vías de ajuste que repercuten en la pérdida de empleo.

5º) Aceptación del ámbito de empresa como ámbito esencial de negociación de numerosas condiciones de trabajo con gran impacto en la flexibilidad (salario, tiempo de trabajo, funciones), pero en forma de negociación equilibrada, con interlocutores fiables y articulada con la negociación sectorial.

Así puede verse que la concepción de la flexibilidad interna de los negociadores del III AENC toma en consideración los legítimos intereses de todas las partes. Se podría decir que los negociadores eligen una flexibilidad interna, racional y sensata incluso aunque sea amplia, pero muy lejana de la flexibilidad salvaje potenciado por ciertos preceptos de alguna de las reformas laborales. En definitiva, optan por una flexibilidad interna negociada y bidireccional, y sin duda ello es algo que cualquier empleador y trabajador o trabajadora debería desear, además de que cualquier reforma de la legislación laboral debería tomar en consideración los elementos de equilibrio y consenso que los representantes de trabajadores y empresarios han plasmado en sus acuerdos y, en concreto, los que se contienen en los Acuerdos de Negociación Colectiva como el III AENC.

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC) para los años 2023, 2024 y 2025, suscrito con fecha 10 de mayo de 2023 (Resolución de 19 de mayo de 2023) se produce después de los seis Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo (ASDE), más conocidos como los acuerdos de los ERTE (desde el Acuerdo de 12 de marzo de 2020), que permitieron hacer frente en el ámbito laboral a los problemas originados por la crisis pandémica de la COVID-19 (salvando millones de empleos y la actividad empresarial en el conjunto del país), y tras el Acuerdo alcanzado en diciembre de 2021 sobre Reforma Laboral, plasmado en el Real Decreto-ley 32/2021. Mediante este Acuerdo, el Gobierno y los interlocutores sociales establecieron los elementos que debían facilitar un cambio de paradigma en el empleo y las relaciones laborales: apostar por la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo; reforzar el mecanismo de los ERTE como medida de flexibilidad interna que ayuden a sostener el empleo y la actividad empresarial en momentos de dificultad de las empresas o de transformaciones sectoriales más profundas; y fortalecer la negociación colectiva y el valor del convenio colectivo como la vía más eficaz para adaptar el empleo y las condiciones de trabajo a las realidades de los sectores y empresas.

El V AENC apuesta claramente por los mecanismos de flexibilidad interna, *“como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales, en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras”*. Entre esos instrumentos de flexibilidad interna cabe destacar, en la línea establecida por la Reforma Laboral de 2021, los criterios compartidos de utilización de los ERTE y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas.

En el Acuerdo se fomentan los instrumentos de flexibilidad interna (clasificación profesional y movilidad funcional, ordenación del tiempo de tra-

bajo, inaplicación de las condiciones laborales fijadas en los convenios, ERTes y Mecanismo RED) como “una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras” (capítulo IX):

-Los interlocutores sociales consideran que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla.

-La experiencia vivida durante la pandemia ha demostrado la importancia de disponer de mecanismos como los expedientes temporales de regulación de empleo, para proteger el empleo y la actividad de las empresas.

-Para las Organizaciones firmantes el convenio colectivo es el instrumento adecuado para articular el uso flexible en la empresa de elementos como el tiempo de trabajo y la movilidad funcional, respetando las previsiones legales y con las debidas garantías para empresas y personas trabajadoras.

-Por ello el convenio colectivo podrá regular criterios, causas y procedimientos en la aplicación de medidas de flexibilidad, así como procedimientos ágiles de adaptación y modificación de lo pactado, con la participación, en ambos casos, de la representación de los trabajadores, y con la intervención en caso de desacuerdo de las comisiones paritarias y de los sistemas de solución autónoma de conflictos. Asimismo, incluirán previsiones para una solución ágil y eficaz de los supuestos de bloqueo en los periodos de consulta y negociación establecidos en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores afectados por la flexibilidad interna.

En el V AENC la ordenación de los instrumentos de flexibilidad interna (capítulo IX) se lleva a cabo en los siguientes términos:

#### *a) Clasificación profesional y movilidad funcional*

-Los convenios colectivos deberán introducir sistemas de clasificación profesional basados en grupos profesionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 ET.

-La definición de los grupos profesionales deberá garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, cumpliendo con lo previsto en el artículo 28.1 ET y el artículo 9 RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

-Asimismo, los convenios deberán potenciar instrumentos ágiles para que la movilidad funcional opere como mecanismo de flexibilidad interna y de adaptación por parte de las empresas, respetando en todo caso los derechos y garantías de las personas trabajadoras y sus representantes.

-Igualmente, sería importante potenciar a través de los convenios colectivos y acuerdos de empresa la polivalencia funcional y sus efectos en materia retributiva (se debe recordar que las fórmulas de polivalencia funcional están menos presentes en la práctica convencional de lo que podría considerarse razonable).

### *b) Ordenación del tiempo de trabajo*

-Se considera que el tiempo de trabajo constituye un elemento clave y cada vez más relevante tanto para las personas trabajadoras, por la importancia que tiene sobre la conciliación de la vida personal y laboral, la corresponsabilidad y la salud, como para las empresas en términos de competitividad y organizativos.

-Por ello, se considera imprescindible adoptar fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo en la medida que lo permitan los procesos productivos y los servicios que se prestan, con las debidas garantías para empresas y personas trabajadoras y respetando las previsiones legales. No hay, sin embargo, referencia alguna a la jornada laboral de cuatro días, una de las cuestiones sin duda más actuales en esta materia.

-Con el fin de conseguir una mejor adaptación a las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras, en aras al mantenimiento de la actividad y del empleo, los convenios colectivos promoverán:

\*La fijación preferente de la jornada en cómputo anual, a fin de facilitar fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo.

\*La implementación de la distribución irregular de la jornada con el fin de compatibilizar las necesidades productivas y organizativas de las empresas con la vida personal y familiar de las trabajadoras y trabajadores, articulando los sistemas de compensación de las diferencias, por exceso o defecto, derivadas de esa distribución irregular.

\*La racionalización del horario de trabajo, teniendo en cuenta las especificidades de cada sector o empresa, con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

\*La flexibilidad en los horarios de entrada y salida del trabajo, cuando el proceso productivo y organizativo lo permita.

*c) Inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los convenios*

-Para el supuesto de inaplicación se procederá conforme al artículo 82.3 ET.

-Cuando los convenios colectivos recojan cláusulas de inaplicación de las condiciones laborales fijadas en convenio, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación empleo tanto temporales como extintivos, deberán tener presente, además de la necesidad de que el acuerdo de inaplicación ha de ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo, los siguientes aspectos:

\*Documentación: La documentación a entregar por la empresa será la necesaria para que la representación de las personas trabajadoras pueda tener un conocimiento fidedigno de las causas alegadas para la inaplicación.

\*Duración temporal de la inaplicación: Dado el carácter excepcional de esta medida, la duración podría modularse atendiendo a las circunstancias que motivan la inaplicación, sin que pueda ser superior al período de vigencia del convenio aplicado y en ningún caso podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa.

\*Contenido del acuerdo de inaplicación: La inaplicación del convenio colectivo en modo alguno debe producir un vacío de regulación respecto a las condiciones laborales cuya inaplicación se acuerde, por lo que el acuerdo de inaplicación deberá determinar la regulación sustitutoria de la contenida en el convenio colectivo inaplicado.

\*El acuerdo de inaplicación no podrá suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa.

*d) Expedientes de regulación temporal de empleo–ERTE–  
y Mecanismo RED*

Constatada (como ha puesto de manifiesto la experiencia vivida durante la pandemia) la importancia de disponer de mecanismos para que las empresas lleven a cabo los ajustes exigidos por el tránsito a nuevos escenarios, compatibilizando la adaptación de las empresas a nuevos entornos y la salvaguarda del empleo, se considera que los convenios colectivos deberían:

-Potenciar los expedientes de regulación temporal de empleo, como medida de flexibilidad interna, para abordar situaciones coyunturales y facilitar la adaptación de las empresas, haciendo posible el mantenimiento del empleo.

-Desarrollar los objetivos y los criterios para la implementación de los ERTE.

-Priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.

-Garantizar la transparencia en la transmisión de la información, asegurando la información oportuna, suficiente y adecuada a la representación de las personas trabajadoras.

-Configurar propuestas de contenidos formativos a desarrollar en caso de activación del Mecanismo RED o de ERTE.

-Crear medidas de apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras en ERTE.

-Adicionalmente, los firmantes del AENC recuerdan a los negociadores sectoriales que la activación de la modalidad sectorial del Mecanismo RED requiere una solicitud de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, de conformidad con el artículo 47 bis ET.

-Igualmente, recuerdan la importancia de tener en cuenta la especial situación de las PYME y la repercusión en los territorios de los procesos de restructuración de las empresas, por su incidencia en la sociedad, la economía y el empleo.

#### *f) Modernización de las estructuras salariales*

Fuera de la regulación de la flexibilidad interna, pero con indudable influencia sobre la misma, el V AENC también contiene en su capítulo VI orientaciones sobre modernización de las estructuras salariales:

-Los convenios colectivos deberán promover la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y de igual retribución por trabajos de igual valor. Con tal fin, se debería ordenar y simplificar los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género.

-Las tablas salariales deberán ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio.

-Los sistemas de retribución variable deberán estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. Además, deberá establecerse su peso en el conjunto de la retribución.

-Se podrán tener en cuenta fórmulas de retribución flexible.

*g) Formación y cualificación profesional*

Los criterios y las medidas contenidas en el capítulo V sobre formación y cualificación profesional buscan contribuir, por medio de la negociación colectiva, a “potenciar la formación a lo largo de la vida laboral como elemento estratégico para la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras y de la competitividad de las empresas”.

-Para las Organizaciones firmantes es fundamental la adaptación permanente de las plantillas a las nuevas realidades a las que se enfrenta el mundo del trabajo, tanto en los procesos productivos como organizativos. Para ello son imprescindibles los planes de formación permanente que, con las necesarias actualizaciones, capaciten a las trabajadoras y trabajadores para responder a esas nuevas realidades, marcadas, entre otras, por la transición digital y ecológica y el envejecimiento de la población trabajadora.

-La formación continua se considera imprescindible para fomentar una nueva cultura del aprendizaje permanente, que haga frente a la actualización constante de las competencias de los trabajadores y trabajadoras, también en el lugar de trabajo.

-Las Organizaciones signatarias consideran fundamental contribuir, a través de la negociación colectiva, a potenciar la formación a lo largo de la vida laboral como elemento estratégico para la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras y de la competitividad de las empresas, entre otros aspectos, mediante criterios o medidas dirigidos a:

\*Garantizar la igualdad de acceso de las personas trabajadoras a la formación.

\*Fortalecer la formación destinada a facilitar la transición digital y ecológica de las empresas y de las personas trabajadoras.

\*Fomentar la formación dual en las empresas, adaptada a las características del tejido productivo y a las necesidades formativas de las personas trabajadoras.

\*Promover la corresponsabilidad de las empresas y las personas trabajadoras en los procesos de formación.

\*Impulsar los instrumentos bipartitos sectoriales e intersectoriales en la definición y desarrollo de la formación.

Los interlocutores sociales se ratifican en que la negociación colectiva es el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad,

umentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social. Por ello, el V AENC incluye en su capítulo II orientaciones para el impulso de la negociación colectiva, a fin de preservar la vigencia de los convenios, reducir al máximo los bloqueos en la negociación, potenciar la constitución y funciones de las comisiones paritarias, así como el papel de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales. Se fomenta, además, la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes, con el objetivo de llevar la negociación colectiva a las nuevas formas de negocio y actividades que carecen aún de regulación convencional.

Destaca también la especial atención que el V AENC dedica al empleo y la contratación (capítulo III): el objetivo es contribuir desde los convenios colectivos a fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que el ET hace a la negociación colectiva, especialmente tras la Reforma laboral llevada a cabo por el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre. De esta forma, se insta a que los convenios colectivos asuman y desarrollen las abundantes remisiones a la negociación colectiva que el Estatuto de los Trabajadores contempla en relación con diversos aspectos del período de prueba, los contratos de duración determinada, el contrato para trabajos fijos-discontinuos, el contrato a tiempo parcial, y la contratación de jóvenes y de personas en transición en el empleo (promoviendo los contratos formativos y la formación dual como vía de inserción y recualificación).

### C.3. LOS NECESARIOS EQUILIBRIOS EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD INTERNA, EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA RECEPCIÓN DE LOS CAMBIOS PRODUCIDOS POR LA PANDEMIA COVID-19 Y POR LOS PROCESOS DE DIGITALIZACIÓN

Lo que los protagonistas de las relaciones laborales, empresarios y trabajadores a través de sus organizaciones más representativas, pactaron en el III AENC y han pactado en el V AENC nos da, pues, una buena idea de cómo debería concebirse la flexibilidad interna, en una orientación que parece lógica y eficaz, esto es, optar por una flexibilidad interna lo suficientemente amplia, pero a la vez negociada y, en consecuencia, participada y bidireccional, tomando en consideración los intereses recíprocos.

Ese el tipo de flexibilidad que puede funcionar de forma consensuada y garantizar unas empresas adaptables y competitivas sin que ello conlleve una desafección de los trabajadores y la consiguiente conflictividad latente o abierta.

Las medidas necesarias para conseguirlo son sin duda muchas y no pasan, al menos en mi opinión, por el replanteamiento general de las medidas flexibiliza-

doras adoptadas sino, en su caso, por la resituación de las mismas en el marco de las decisiones empresariales y por la corrección de algunas disfunciones y excesos, tal como se ha hecho en la reforma laboral de finales del año 2021.

Además, esa flexibilidad, en tanto que negociada debería serlo fundamentalmente en los convenios colectivos, con una cierta articulación entre los de sector y los de empresa.

Es más, esa flexibilidad debería tener en cuenta las transformaciones coyunturales y, sobre todo las estructurales en el ámbito de las relaciones laborales que se han puesto en evidencia con la pandemia COVID-19 y, aún más, las derivadas de los procesos de digitalización que resultan sin duda, en gran medida estructurales, imparables y que deben ser negociadas con la intención de conseguir unas empresas más flexibles y adaptables sin que ello suponga disminuir las garantías de las personas trabajadoras.

De hecho, el impacto de la digitalización es notable en las relaciones laborales; al respecto, por ejemplo, la Memoria que elabora el CES sobre la situación social y económica del año 2021 y el informe específico que sobre la cuestión aprobó<sup>2</sup>, refleja como la misma impacta y produce efectos en el empleo y en las cualificaciones demandadas, pero también en otros ámbitos como la organización del trabajo y, por supuesto, está afectando de diferentes formas al desarrollo de las relaciones de trabajo y a las condiciones en que este se presta.

Todo ello debería tener reflejo en la negociación colectiva, pues, sin duda, aunque el protagonismo en ciertas medidas lo tenga el legislador, su labor, cuando menos, puede ser completada en sede negocial y ciertamente no son pocas las remisiones y llamadas de la ley a la negociación colectiva, presentes sin duda en muchos de los temas relacionados con las nuevas realidades productivas (por ejemplo teletrabajo o sistemas de clasificación profesional y movilidad) y en otros más clásicos, pero también de importancia en la materia como distribución de jornada, determinación de la estructura del salario y cuantía de los complementos, etc.; y, en otros muchos casos, es la propia negociación colectiva el instrumento útil para adaptar las realidades normativas a los cambios producidos en las relaciones laborales, buscando ese necesario equilibrio entre flexibilidad y regulación, entre adaptabilidad y garantías.

---

<sup>2</sup> *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2021*, CES, Madrid, 2022, disponible en <https://www.ces.es/memorias> y el *Informe CES 1/2021, La digitalización de la economía*, CES, Madrid 2021, disponible en <https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf/c834e421-ab2d-1147-1ebf-9c86ee56c44a>

Ello debería llevar a encontrar un amplio reflejo en la negociación colectiva de medidas sobre materias como las expuestas y en general instrumentos flexibles de determinación de las condiciones de trabajo y modificación de las mismas y garantías tuitivas al respecto, que prevengan y eviten en cuanto sea posible usos abusivos o fraudulentos de ese conjunto de medidas flexibles.

Es cierto que, como habitualmente se señala, el propio CES así lo indica en la memoria y en informe citados, la digitalización no impacta en todos los sectores productivos con la misma intensidad, pero desde luego, y muy en concreto para orientar los cambios hacia el trabajo decente y evitar situaciones de mayor precariedad, exige la gobernanza de las transformaciones, y de sus impactos en los mercados de trabajo y en las condiciones de empleo, mediante instrumentos propios de las relaciones laborales, especialmente a través del diálogo social y de la negociación colectiva.

El impacto de la digitalización se aprecia claramente en el crecimiento del trabajo en plataformas<sup>3</sup>, el uso creciente de algoritmos en la organización del trabajo y en el desarrollo cada vez mayor de los trabajos basados en TICs.

El impacto es complejo pues, junto a nuevas posibilidades para empresarios y trabajadores, plantea nuevos problemas como los relacionados con los riesgos psicosociales en el trabajo (entre otros la conexión y disponibilidad permanente con el consiguiente estrés), además de plantear, igualmente, situaciones ambivalentes en numerosos aspectos, algunos recayentes sobre instituciones tradicionales (sindicalización, representación en la empresa, política retributiva, etc.), pero otros más novedosos (gestión algorítmica del trabajo, protección de datos, trabajo a distancia desde otros países, mayor oscuridad en la diferenciación entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, etc.).

Incluso algunos de los aspectos potenciados por la digitalización se vieron impulsados por la situación derivada de la pandemia, paradigmáticamente el teletrabajo; así en los cinco años anteriores a la pandemia (2015-2019) hubo en media anual un 3,4 por 100 de las personas asalariadas en teletrabajo (531.000); en 2020 la proporción se elevó al 12,1 por 100 (casi 2 millones) y en 2021 se mantuvo en el 12,2 por 100 de la población asalariada, un volumen medio que superó ligeramente los 2 millones, si bien el habitual – más de media jornada descendió de 1,6 millones a 1 millón aproximado a final de 2021<sup>4</sup>. El crecimiento de esta forma de trabajo es claro, y aunque es difícil determinar en qué

---

<sup>3</sup> Trabajo en plataformas de esencial importancia, pero en el que es evidente que no podemos profundizar aquí, remitiendo a los estudios sobre la cuestión, por ejemplo: Rodríguez Fernández, M. L. et al, *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 2018, y TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>4</sup> Datos de la Memoria CES 2021 ya citada.

medida o proporción es estructural y se mantendrá en el futuro, desde luego cabe esperar su crecimiento y no es raro que el trabajo a distancia mereciese la atención del legislador estatal<sup>5</sup> y plantea, como avanzamos, realidades ambivalentes que merecen atención (por ejemplo, mayor concentración en personas de cualificación alta y en mujeres, mayor flexibilidad y autonomía en el trabajo, mayor productividad, deslocalización del mismo en relación con el centro de trabajo tradicional, mayor aislamiento, riesgos psicosociales novedosos, nueva gestión del tiempo de trabajo, etc.).

Sobre estas cuestiones, como dijimos, cabía esperar una cierta repercusión en la negociación colectiva reciente; lo cierto es que, como se verá, el impacto es menor del esperado -salvo que se piense que esperamos demasiado de la negociación colectiva-. Al menos, eso parece deducirse del análisis de la muestra de unos 300 convenios (150 de empresa y 150 sectoriales que hemos utilizado en este estudio y que se relacionan en el anexo).

Lo cierto es que es una realidad detectada por los estudios más amplios, por ejemplo, en relación con el teletrabajo, el CES refleja cómo es una cuestión casi ausente en los convenios hasta 2021, y sigue siendo de regulación minoritaria (solo el 13,6 % de los convenios afectando a un 30,1% de los trabajadores contienen cláusulas al respecto)<sup>6</sup>, e incluso cuando se regula, en nuestra opinión, no parece que se haga en términos muy diferentes a los que ya están regulados legalmente.

El citado estudio de la muestra de convenios seleccionada lleva a conclusiones que se expondrán en los apartados correspondientes, pero en general revela en nuestra opinión, como conclusiones más genéricas, en orden a la regulación negociada de la flexibilidad interna y de la adaptación a las transformaciones derivadas de la digitalización y a las experiencias ocasionadas por la pandemia Covid-19, en los siguientes apartados de este estudio se extraen las conclusiones más interesantes que se dependen del análisis de la amplia muestra de convenios analizada, conclusiones a las que nos remitimos.

---

<sup>5</sup> Y no solo, pues en el ámbito europeo, por ejemplo se han adoptados iniciativas importantes algunas derivadas del diálogo social como el AMED (Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización) que es un acuerdo autónomo resultado de las negociaciones llevadas a cabo por las organizaciones de los interlocutores sociales europeos en el que se adelantan a las consecuencias y efectos que en el futuro inmediato produzca (disponible, por ejemplo, en: <https://www.ccoo.es/3ec9e3ddf84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf>; o el proyecto de directiva sobre el trabajo en plataformas digitales, que puede consultarse por ejemplo en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0762>

<sup>6</sup> Datos de la Memoria CES 2021 ya citada.

## C.4. MOVILIDAD FUNCIONAL\*

### C.4.1. Facultades empresariales y delimitación de funciones

El empleador tiene la potestad de organizar la actividad productiva de su empresa y puede ejercer legalmente su poder de dirección mediante la impartición de órdenes e instrucciones a los trabajadores, el control de la actividad laboral y la imposición de sanciones privadas en caso de incumplimiento, formando todo ello parte de las facultades ordinarias del poder de dirección que atribuye al empleador un poder unilateral de decisión sobre determinadas condiciones de trabajo<sup>7</sup>. El fundamento jurídico de este poder se encuentra en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución española<sup>8</sup>, sin que la ley pueda establecer límites que hagan irreconocible el contenido esencial dicha facultad de dirección u organización empresarial<sup>9</sup>. El papel de la negociación colectiva en este marco es, por tanto, muy limitado, y son pocos los convenios colectivos que se atreven a realizar una enumeración detallada de las facultades

---

\* Apartado realizado por Inmaculada MARÍN ALONSO, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla*

<sup>7</sup> Numerosos convenios colectivos recogen la obligación laboral de cumplimiento de las órdenes empresariales como, por ejemplo, el Art. 11 del *III Convenio Colectivo de Districenter, SA* (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2023) que señala que “Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas es obligación del trabajador, quien deberá ejecutar con interés y diligencia cuantos trabajos se le ordenen dentro del general cometido de su grupo y competencia profesionales. Entre tales trabajos están incluidas las tareas complementarias que sean indispensables para el correcto desempeño de su cometido principal”. Puede verse, igualmente, el Art. 14 del *III Convenio colectivo de Agencia de Transporte Robles, SA* (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2023) que, en términos similares, señala que “Será obligación por parte del trabajador cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas. Estas órdenes e instrucciones deberán ser ejecutadas con interés y diligencia en cuantos trabajos le sean ordenados, dentro del general cometido de su grupo profesional. Entre tales trabajos están incluidas las tareas complementarias o accesorias que sean indispensables para el correcto desempeño de su cometido principal”.

<sup>8</sup> Sobre esta materia puede verse la obra colectiva *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Dir. Sánchez Trigueros y González Díaz, Aranzadi, 2011; POQUET CATALÁ, R: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013; FABREGAT MONFORT, G: *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2016.

<sup>9</sup> Una visión renovada de del poder de dirección puede verse en FERNÁNDEZ TOLEDO, R: “Configuración del poder de dirección del empresario: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”, *Revista de Derecho* nº 245, Vol. 87, 2019, para quien “El poder de dirección es uno de los poderes de que está dotado el empleador junto al poder disciplinario, el poder de vigilancia y control y el *ius variandi*, teniendo cada uno de ellos un contenido propio, a los que deben sumarse las facultades organizativas y administrativas laborales”.

empresariales que engloban el poder empresarial<sup>10</sup>, limitándose a precisar las características de la estructura organizativa de la empresa<sup>11</sup> o a efectuar una valoración general de dicho poder en la empresa, circunstancia que, en suma, favorece la flexibilidad y la adaptación a las circunstancias que puedan sobrevenir en las empresas<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Excepción a esta regla puede verse, por ejemplo, en el art. 5.8 del *Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón editoriales e industrias auxiliares* (BOE nº 247 de 21 de septiembre de 2023) que señala que “Son facultades de la Dirección de la Empresa: 1. Dirigir el proceso productivo, en la forma más adecuada para promover el bienestar y la mejor formación profesional de los trabajadores, así como la más justa distribución de los beneficios de dicho proceso. 2. Promover, estimular y mantener la colaboración con sus trabajadores, como necesidad insoslayable de la paz social y de la prosperidad del conjunto de los factores productivos personales. 3. Organizar la producción y mejorar y dignificar las relaciones laborales. 4. Respetar y hacer cumplir las plantillas de personal, fijadas de acuerdo con lo que dispone el presente Convenio. 5. Promover y respetar la clasificación profesional de sus trabajadores, facilitándoles su formación y promoción social y humana. 6. La exigencia de los rendimientos normales, definidos en el presente Convenio. 7. La adjudicación del número de máquinas o de la tarea necesaria para la saturación del trabajador a rendimiento normal. 8. La fijación de los índices de calidad o de desperdicio admisibles y el establecimiento de sanciones, para el caso de su incumplimiento. 9. Exigir la vigilancia, limpieza y atención de la máquina encomendada, dentro de la responsabilidad atribuida al nivel profesional de que se trate, siempre que se haya tenido en cuenta en la determinación de las cantidades de trabajo y de rendimiento. 10. La movilidad y redistribución del personal de la Empresa, con arreglo a las necesidades de la organización y de la producción. En todo caso, se respetará la situación personal, concediéndose el necesario período de adaptación. 11. La aplicación de un sistema de remuneración con incentivo. Si sólo se aplicare a una o varias secciones o puestos de trabajo, gozarán también de incentivo los que, como consecuencia de la citada aplicación experimenten un aumento en su carga de trabajo por encima de lo normal. 12. Realizar, durante el período de la organización del trabajo y con carácter provisional, las modificaciones en los métodos de trabajo, normas de valoración, distribución del personal, cambio de funciones y variaciones técnicas de las máquinas y materiales, que faciliten el estudio comparativo con situaciones de referencia o el estudio técnico de que se trate. El trabajador conservará, durante la prueba, las percepciones medias correspondientes a los tres meses inmediatos anteriores a la misma. 13. El mantenimiento de la organización del trabajo, en los casos de disconformidad de los trabajadores, expresada a través de sus representantes legales, en espera de la interpretación e informe de la Comisión Mixta del Convenio y, en su caso, de la resolución de la autoridad competente. La Empresa podrá proceder a la disminución de su plantilla, en los casos previstos y con sujeción al procedimiento que establezca la legislación vigente”.

<sup>11</sup> Véase el Art 13 del *Convenio Colectivo de la empresa Hyperion Materials & Technologies Spain, SL para los años 2021-2022* (BOPB de 8 de febrero de 2023 donde señala que “Las características que definen la estructura organizativa son las siguientes: a) Flexibilidad; b) Responsabilidad en cuanto a calidad; c) Policompetencia; d) Participación y trabajo en equipo; e) Movilidad”.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 8 del *Convenio Colectivo de la empresa Vía Augusta, SA* (BOPZ nº 127, de 6 de junio de 2019) que dispone “En el ejercicio de sus facultades de organización del trabajo corresponde a la dirección de la empresa —con respeto de las competencias que en esta materia tienen atribuidas los órganos de representación de los trabajadores en la empresa— implantar, determinar, modificar o suprimir los trabajos, adjudicar las tareas, rutas, adoptar nuevos métodos de ejecución de las mismas, crear o amortizar puestos de trabajo y ordenarlos en función de las necesidades de la empresa en cada momento, determinando la forma de prestación del trabajo en todos sus aspectos”.

La organización técnica y práctica del trabajo corresponde, por tanto, al empresario, sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda insistir en la atribución exclusiva de dicha facultad al empresario<sup>13</sup> o la module de diversas maneras. Así, pueden encontrarse convenios colectivos que vinculan dicha organización del trabajo a determinados principios<sup>14</sup> o a fines de productividad<sup>15</sup>,

---

<sup>13</sup> Se confirma, a veces, esta facultad en los propios convenios colectivos como ocurre, por ejemplo, en el art. 9 del *Convenio Colectivo de NCR España*, SL (BOE nº 17, de 20 de enero de 2023) o en el art. 9 del *Convenio Colectivo de ámbito nacional para las industrias de turrónes y mazapanes* (BOE nº 311 de 13 de diciembre de 2022) que indica que “la organización técnica y práctica del trabajo corresponde a la Dirección de la Empresa, quien podrá establecer cuantos sistemas de organización, racionalización y modernización considere oportunos, así como cualquier estructuración de las sesiones o departamentos de Empresas, pudiendo mover a su personal dentro de las diferentes secciones o departamentos, siempre que se realice de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. El trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”. En el ámbito empresarial puede verse, entre otros, el *Convenio colectivo de la empresa Laboratorios Ordesa, SL* (BOPB de 3 de agosto de 2022) cuyo art. 8 dispone que “1. La organización del trabajo, con arreglo a lo previsto en este Convenio y a la legislación vigente, corresponde exclusivamente a la Dirección de la empresa, quien la llevará a cabo a través del ejercicio regular de sus facultades de organización económica, técnica, de dirección y control del trabajo, y de las órdenes necesarias para la realización de las actividades laborales correspondientes. 2. En consecuencia, la Dirección podrá adoptar y adaptar aquellos sistemas de producción, organización, mecanización y racionalización que considere más adecuados en función de las necesidades de cada momento conforme a lo legalmente establecido”.

<sup>14</sup> El Art. 12 del *Convenio Colectivo acción e intervención social 2022-2024* (BOE nº 259, de 28 de octubre de 2022) señala que “La organización del trabajo se fundamenta, entre otros, en los principios siguientes: – La adecuación de las plantillas de manera que permita un nivel de prestación del servicio de acuerdo, como mínimo, a los parámetros y requerimientos establecidos por las administraciones públicas. – La racionalización y mejora de los procesos de tratamiento social, preventivos, de inclusión y de acompañamiento y promoción social. – La profesionalización y promoción. – La formación y reciclaje del personal. – La eficacia en el trabajo. – La eficiencia en el uso de todos los recursos. – La valoración de los puestos atendiendo al ajuste entre el perfil del puesto y las aptitudes profesionales, la formación y la experiencia profesional del ocupante del mismo”.

<sup>15</sup> Véase el art. 12 del *Convenio Colectivo de la empresa Diario ABC*, SL (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020) que señala que “[...]La organización del trabajo tiene como fin el de alcanzar en la empresa un nivel adecuado de productividad, basado en la utilización óptima de los recursos humanos y materiales. El logro de un adecuado nivel de productividad constituye uno de los medios principales para un mejor desarrollo humano, profesional y económico de todos los que integran la plantilla. Por ello, tanto el personal como la Dirección pondrán de su parte los medios precisos para el aumento de dicha productividad. El personal dedicando plenamente su atención al trabajo que efectúa y la Dirección, poniendo todos los medios técnicos y organizativos que contribuyan a dicho aumento”.

o que invitan a los representantes de los trabajadores a realizar propuestas o dar orientaciones sobre la organización y racionalización del trabajo<sup>16</sup>, estableciendo, incluso, obligaciones a su ejercicio como, por ejemplo, la de comunicar previamente a los citados representantes las decisiones adoptadas por el empleador<sup>17</sup>, complementar dicha facultad con políticas de formación adecuadas<sup>18</sup> o adaptación tecnológica<sup>19</sup> o, incluso, implantar criterios de calidad o buenas

---

<sup>16</sup> Ejemplos en el marco de la negociación sectorial pueden verse, entre otros, en el *Convenio colectivo estatal de estaciones de servicios*, publicado mediante la Resolución de 27 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el *Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio*, cuyo art. 15 sobre Dirección y control de la actividad laboral señala que “La organización técnica y práctica del trabajo corresponde a la Dirección de la empresa, quien podrá establecer cuantos sistemas de organización, racionalización y modernización considere oportunos, así como cualquier estructuración dentro de la empresa, siempre que se realicen de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. La organización del trabajo tiene por objeto el alcanzar en la empresa un nivel adecuado de productividad basado en la utilización óptima de los recursos humanos y materiales. Ello es posible con una actitud activa y responsable de las partes integrantes: Dirección y personal contratado. Sin merma de la facultad aludida en el párrafo primero, los delegados/as de personal y comités de empresa y secciones sindicales legalmente constituidas tendrán funciones de orientación, propuesta, emisión de informes, etc., en lo relacionado con la organización y racionalización del trabajo, de conformidad con la legislación vigente y de acuerdo con lo establecido en este Convenio”; por su parte, en el marco de la negociación colectiva empresarial pueden verse, entre otros, el art. 4 del *Convenio colectivo de la empresa Aluminio y Aleaciones*, BOPZ nº 127, de 6 de junio de 2019 que dispone que “La organización del trabajo, con sujeción estricta a este convenio y a la legislación vigente, será facultad exclusiva de la dirección de la empresa, reconociendo al comité aquellas atribuciones que las leyes determinen sobre esta materia. El comité de empresa podrá aportar todos los estudios e informes que crea oportunos sobre este tema, que podrán ser discutidos con la dirección, aceptándose o negándose sus propuestas”.

<sup>17</sup> Véase el art. 7 del *Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias* (BOE 25 de julio de 2022). En el ámbito de empresa, véase, por ejemplo, el art. 4 del *Convenio Colectivo Diario El Correo SAU 2021-2023* (BOPV 25 de julio de 2022) que señala que “Sin merma de esa autoridad, el comité de Empresa tiene atribuidas funciones de asesoramiento, orientación y propuesta en los temas relacionados con la organización y racionalización del trabajo. Tendrá derecho a presentar informe con carácter previo a la ejecución de las decisiones que la Empresa adopte en los casos de implantación o revisión de sistemas de organización y control de trabajo. Todo ello, sin perjuicio de las normas legales que sean, en cada momento, de aplicación”; igualmente, el art. 8 del *Convenio Colectivo para la empresa Galletas Siro, S.A.*, (BOP Palencia, nº 68, de 14 de junio de 2023) dispone que “En todo lo referente a la organización del trabajo, la Dirección de la Empresa actuará conforme a las facultades y obligaciones que le otorga la normativa legal y reglamentaria de carácter general, quedando la Empresa obligada a informar a los Representantes Legales de los Trabajadores, de las innovaciones y modificaciones de carácter colectivo o individual que vaya a implantar, en los plazos legalmente establecidos según la materia de que se trate, incrementados en 5 días”.

<sup>18</sup> Véase, entre otros, el *VIII Convenio estatal de Gestorías Administrativas* (BOE nº 292, de 5 de diciembre de 2019).

<sup>19</sup> Véase el art. 7 del *Convenio colectivo Albia Gestión de Servicios, SLU* (BOCM nº 42, de 18 de febrero de 2023).

prácticas<sup>20</sup>. Excepcionalmente, la negociación colectiva llega a establecer cortapisas más significativas al ejercicio empresarial de su facultad de dirección, estableciendo un procedimiento previo a la adopción de decisiones empresariales sobre la organización del trabajo<sup>21</sup>.

En relación con las funciones a desempeñar por el trabajador en la empresa, debe partirse de la idea de que la determinación de las mismas forma parte de las atribuciones ordinarias del empleador, pudiendo afirmarse con carácter general que las funciones a desempeñar por el trabajador son decididas por el empleador en el marco de su libertad de empresa. El empleador goza, sin duda, de la facultad de determinar las funciones a desempeñar por los trabajadores, implantar puestos de trabajo o adjudicar tareas<sup>22</sup>. No obstante, esta determinación funcional no es totalmente libre, sino que se desenvuelve en el marco de la normativa laboral y/o lo pactado entre las partes en el momento de la clasificación profesional *ex art. 22 ET*, es decir, en el momento de la determinación inicial de las

---

<sup>20</sup> El art 8 del *Convenio Colectivo de la oficina autonómica de Cruz Roja Española en Andalucía* (BOPS nº 234, de 9 de octubre de 2023) dispone que “La organización de trabajos y actividades pretende avanzar en la implantación de criterios de calidad y buena práctica. Los criterios inspiradores de la organización del trabajo siguientes: 1. La planificación y ordenación de los recursos humanos. 2. La adecuación y suficiencia de las plantillas a las necesidades del servicio. 3. La adecuada y eficaz adscripción profesional de las personas trabajadoras. 4. La profesionalización y promoción de las personas trabajadoras. 5. La identificación y valoración de los puestos de trabajo. 6. La racionalización, simplificación y mejora de los procesos y métodos de trabajo. 7. El fomento de la participación de las personas trabajadoras. 8. Promover, facilitar y motivar la colaboración altruista y voluntaria, para que las personas interesadas puedan participar como voluntarias o voluntarios en la organización y en las actividades de la Institución”.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 14 del *Convenio colectivo de empresa Manufacturas y Accesorios eléctricos, SA* (BOCM nº 298, de 7 de diciembre de 2020) que dispone: “En la implantación de sistemas de organización de trabajo, así como modificaciones y sustituciones, se procederá de la siguiente forma: La Dirección informará previamente al Comité de Empresa de las implantaciones y modificaciones que piensa efectuar; El Comité de Empresa valorará esta información en un plazo máximo de 20 días. Hecha la valoración, el Comité de Empresa dará una respuesta razonada (a favor o en contra) respecto a la medida a adoptar, en los 10 días siguientes [...]”.

<sup>22</sup> Tales facultades se recogen en numerosos convenios colectivos. Puede verse, por ejemplo, el art. 11 del *III Convenio Colectivo de Districenter, SA* (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2023) dispone que “En el ejercicio de sus facultades de organización del trabajo corresponde a la dirección de la empresa con respeto de las competencias que en esta materia tienen atribuidas los órganos de representación de los trabajadores en la empresa implantar, determinar, modificar o suprimir los trabajos, adjudicar las tareas, adoptar nuevos métodos de ejecución de las mismas, crear o amortizar puestos de trabajo y ordenarlos en función de las necesidades de la empresa en cada momento, determinando la forma de prestación del trabajo en todos sus aspectos”.

funciones que configuran el contenido de la prestación laboral<sup>23</sup>. Refleja bien este aspecto el Art. 9 del *Convenio Colectivo de la empresa Interál, SA* (BOP Guipuzcoa nº 233, de 12 de diciembre de 2022) que señala que “Al inicio de la relación laboral entre la empresa y la persona de la que se trate, se establecerá en el contrato laboral el contenido básico de la prestación objeto del contrato de trabajo, así como su pertenencia a uno de los grupos profesionales previstos en el presente Convenio Colectivo. Cuando el contrato de trabajo se realice por escrito deberá reflejarse con claridad el grupo profesional y sub-grupo asignado al trabajador/a.”; y añade que “El encuadramiento de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Interál, S.A., dentro de la estructura profesional pactada y en consecuencia la asignación a cada uno de ellos de un determinado grupo profesional se realizará atendiendo a los criterios generales, tareas a desempeñar y titulaciones o formación que se establecen en el presente artículo”.

Es, precisamente, en este momento inicial donde se aprecia la existencia de una importante flexibilidad, organizativa y de adaptación a favor de los intereses empresariales, sin que se produzca una intervención destacada de la negociación colectiva en momentos previos o posteriores a la adopción de la decisión empresarial, limitada a introducir, en ciertas ocasiones, una mayor adaptabilidad en dicha determinación funcional<sup>24</sup>; la negociación colectiva no desempeña, por tanto, un rol trascendental en el ámbito funcional, siendo relegada a una función de mero acompañamiento del poder de dirección empresarial. Es más, como veremos, el legislador ni siquiera ve la necesidad de introducir la llamada «flexibilidad negociada» en los supuestos de cambio extraordinario de funciones pues, en tal caso, no se llama a la misma para atenuar las medidas adoptadas por el empleador o para alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores, sino que es la ley la encargada de establecer los límites a la facultad empresa-

---

<sup>23</sup> Suelen ser frecuentes disposiciones como la contenida en el Art. 20 del *Convenio Colectivo de industrias cárnicas* (BOE nº 167 de 14 de junio de 2022) que señala que “[...] Toda persona trabajadora está obligada a ejecutar cuantos trabajos le ordenen sus superiores de su categoría profesional, y sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores”. Asimismo, el Art. 13 del *VII Convenio Colectivo de la empresa Diario ABC, SL* (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020) señala que “Las normas de trabajo serán cometido propio de la Dirección, con sometimiento a los cometidos asignados al grupo profesional o especialidad de cada trabajador, dentro de los generales cometidos propios de su competencia profesional. Los trabajadores asumen la obligación del cumplimiento de las especificaciones y normas de procedimiento que tengan asignados o asigne la Dirección de la Empresa, encaminados a una óptima distribución de las cargas de trabajo y a la plena ocupación de la plantilla.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, el *Convenio Colectivo de la empresa Aluminio y Aleaciones SA* (BOEZ nº 17 de 29 de junio de 2019) que señala en su Art. 9.º “Trabajo principal y complementario. A cualquier trabajador le podrán ser encomendadas tareas complementarias compatibles con su trabajo principal, con el fin de conseguir la completa ocupación de su jornada de trabajo”.

rial, la cual cede poco espacio para la negociación colectiva. Recuérdesse que la facultad ordinaria de determinar las funciones de los trabajadores se amplía o deviene extraordinaria cuando el empleador altera unilateralmente lo pactado en el marco establecido, es decir, en lo dispuesto en el mencionado art. 22 ET sobre clasificación profesional -y grupos profesionales- o sobre polivalencia funcional<sup>25</sup> -que son los presupuestos necesarios para la modificación o movilidad funcional- y sobre los que, como se ha dicho, se introduce legalmente un amplio margen de flexibilidad inicial. Interesa insistir, por tanto, que la determinación funcional inicial se integra en el poder ordinario de dirección del empresario, mientras que su modificación forma parte del poder extraordinario del empleador conocido como *ius variandi*, si bien se sostiene por un sector doctrinal que el *ius variandi* sólo entra en juego en el supuesto de cambio de funciones más allá del grupo profesional en el que se integra el trabajador<sup>26</sup>. A mi juicio, todo cambio de lo inicialmente pactado forma parte del *ius variandi*, sin perjuicio de que cuando dicho cambio tenga lugar en el mismo grupo profesional (movilidad funcional ordinaria u horizontal) el mecanismo de adaptación sea, en palabras de la exposición de motivos de la reforma laboral de 2012<sup>27</sup>, más “viable y eficaz” en atención a la mayor libertad dada por el legislador a la decisión empresarial. Esta flexibilidad proempresarial se ha mantenido en el R.Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el cual tutela los intereses empresariales y la productividad en los mismos términos que la reforma laboral anterior. Este *status quo* obedece a varias razones, siendo destacable, por un lado, la percepción más abierta sobre las capacidades, habilidades y competencias de los trabajadores tras la pandemia sanitaria por covid-19 y el cambio de modelo empresarial y, por otro, el aparente menor impacto que tiene para el trabajador el cambio de funciones a desempeñar en la empresa y la paralela y consecuente importancia que la adaptación funcional representa para la organización y gestión empresarial, justificando ello, en cierta medida, no sólo un tratamiento diferente del supuesto sino, sobre todo, la regulación generosa del precepto legal para satisfacer el interés empresarial. En este marco, se echa en falta una verdadera renovación de la institución encaminada a valorar la

---

<sup>25</sup> La polivalencia funcional se regula en el art. 22.4 ET estableciendo que “[...]Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”. Un ejemplo de disposición convencional al respecto puede verse, por ejemplo, en el art. 9 del *Convenio Colectivo de Laboratorios Ordesa* (BOPB de 3 de agosto de 2022) que señala que “1. Un mismo trabajador puede tener encomendadas, simultánea y sucesivamente -durante una misma jornada-, funciones correspondientes a distintos puestos de trabajo de igual o distinto nivel de calificación con el fin de conseguir su plena ocupación”.

<sup>26</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2022, pág. 377.

<sup>27</sup> Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE nº 162, de 7 de julio).

movilidad funcional como una oportunidad para el desarrollo de las capacidades y el talento multifuncional de las personas trabajadoras que favorezca espacios de colaboración mutua distanciados de la relación vertical actual, así como una intervención mayor de la representación de los trabajadores y de la negociación colectiva en el supuesto de cambios unilaterales de funciones.

Es importante retener, en todo caso, que la movilidad funcional también tiene su fundamento constitucional en la libertad de empresa, la cual no permite entrar a valorar o cuestionar el resultado de la medida o si ésta es o no la mejor para la eficacia empresarial<sup>28</sup>. Los límites legales ante el cambio funcional son escasos y las posibilidades de intervención de la negociación colectiva reducidas. No significa ello que la movilidad funcional no se someta a límite alguno pues el control judicial se alza como barrera ante posibles situaciones de uso indebido de la misma -v. *gr.* acoso laboral<sup>29</sup>- o como garantía del respeto de derechos fundamentales<sup>30</sup>.

Normativamente, el cambio de las funciones a desempeñar por el trabajador se diferencia de otras figuras afines insertas, también, en el marco de las vicisitudes de la relación laboral como, por ejemplo la modificación de condiciones de trabajo, el cambio del lugar de la prestación o la suspensión contractual debido a causa económica, técnica, organizativa o productiva empresarial, si bien todas esas vicisitudes forman parte del conjunto de instrumentos que favorecen la flexibilidad interna -legal y convencional o consensuada- ante situaciones de crisis empresariales y tienen evidentes e inevitables conexiones entre sí. En efecto, el cambio de funciones se regula en el art. 39 ET, mientras que la modificación sustancial de condiciones de trabajo se contempla en el art. 41 ET; el cambio de lugar de la prestación en el art. 40 ET, y la suspensión por causa empresarial en el art. 47 ET.

La movilidad funcional comparte, obviamente, características similares con esas otras vicisitudes de la relación laboral, pero, como veremos, los requisitos, alcance y mecanismos de defensa de los trabajadores ante la misma permite observar una mayor dosis de flexibilidad en la determinación de las funciones -de carácter ordinario o extraordinario-, a favor de los intereses empresariales.

---

<sup>28</sup> Véase la STSJ Asturias 837/2012, de 16 de marzo (rec. n° 212/2012).

<sup>29</sup> Véase la STS de 25 de febrero de 2015, (rec n° 3330/2013).

<sup>30</sup> Véase la STSJ Canarias 1442/2019, de 30 de diciembre (rec. n° 590/2019).

### C.4.2. El reforzamiento del poder de dirección y la flexibilidad interna ante el cambio de funciones

El sometimiento del contrato o la relación de trabajo al principio de *tracto sucesivo* -que implica que la relación laboral no agota su ejecución a un único acto instantáneo sino a lo largo del tiempo-, y el paralelo intento de tutelar el interés del trabajador mediante la garantía de que el vínculo laboral tenga la mayor duración posible, ha dado lugar a la admisibilidad de las variaciones unilaterales de la prestación laboral por parte del empleador para adaptarlas a las cambiantes exigencias de la organización empresarial, siempre que tales modificaciones fueran de poca entidad y no sustanciales.

Debemos insistir en que, en el marco de la movilidad funcional, es la ley la principal encargada de introducir mecanismos de flexibilidad interna ya que la misma regula de manera amplia y flexible el cambio de funciones de los trabajadores ante necesidades empresariales, y no traslada a la negociación colectiva ni la regulación consensuada de la materia ni el establecimiento de límites adicionales al ejercicio del poder de dirección del empleador en la misma (*v. gr.* ampliar o reducir las causas justificativas del cambio de funciones o establecer período previo de consulta con los representantes de los trabajadores). Así, la adopción de medidas de movilidad funcional por el empresario no da entrada a un papel relevante de la negociación colectiva para alcanzar un equilibrio entre los intereses de las partes, siendo el poder directivo del empresario el que, dentro del marco legal, determine libremente el cambio de funciones. Es más, el cambio de funciones fuera del grupo profesional, que desde la perspectiva del trabajador resulta más agresivo para el mismo, sólo genera el deber empresarial de comunicar dicho cambio y las razones de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores, dejando a la negociación colectiva un papel limitado respecto a la posible duración de los plazos para cubrir las vacantes en los supuestos de movilidad ascendente fuera del grupo profesional<sup>31</sup>. En estos casos,

---

<sup>31</sup> Sobre ello puede verse la STS 739/2022, de 14 de septiembre -JUR 2022/307716-, o la STS 500/2022, de 1 de junio -RJ 2022/3036-, en similares términos a lo dispuesto en la STS 1057/2021, de 26 de octubre -RJ 2021/4953- o en la STS 503/2021, de 6 de mayo -RJ 2021/2160-, entre otras.

la negociación colectiva introduce, además, pocas variaciones a lo dispuesto en la ley, limitándose la mayoría de convenios colectivos a remitir o transcribir la ley, reordenar los requisitos legales<sup>32</sup> o, en su caso, reducir los plazos legales para solicitar un posible ascenso.

En definitiva, la flexibilidad negociada, tan de moda en las reformas legales de los últimos años, no ha alcanzado por igual a todos los supuestos extraordinarios de alteración de lo pactado. Esta situación se debe, sin duda, al reforzamiento de los poderes directivos ordinarios del empleador tras la reforma de 2012 que, en respuesta a la crisis económica mundial de 2008, facilitó aún más el cambio de funciones de los trabajadores en atención a las necesidades empresariales. Recuérdesse que tanto la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo como el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva intentaron reforzar el papel de la negociación colectiva en materia de flexibilidad interna, llegando incluso a incluir entre el contenido mínimo u obligatorio del convenio “*los procedimientos y los períodos temporales de referencia para la movilidad funcional en la empresa*”. Las dificultades interpretativas sobre esta habilitación legal que, a todas luces, excedía de lo que ha de entenderse por contenido mínimo, llevó a la derogación de esta previsión por la reforma de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que, en cambio, reafirmó la ampliación legal del espacio para la decisión unilateral del empleador en detrimento de la flexibilidad negociada, dejando que ésta se desplegara únicamente en el momento inicial de la negociación del convenio colectivo respecto de materias que condicionarían el ejercicio posterior de medidas extraordinarias de movilidad funcional. Se distancia así a la movilidad funcional de la movilidad geográfica o de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en la medida que aquella no precisa de la intervención posterior de la negociación colectiva para alcanzar el objetivo de flexibilidad deseado ya que disfruta de esa característica en estadios anteriores a posibles crisis.

---

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, el art. 27 del *VII Convenio Colectivo de la empresa Diario ABC, SL* (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020) que señala que “En el ejercicio de sus facultades organizativas, la Empresa podrá acordar la movilidad funcional entre distintos puestos de trabajo dentro del mismo grupo profesional. Dicha movilidad, en todos los casos, se ajustará a los siguientes principios generales: – La movilidad no podrá perjudicar la formación y promoción profesional del trabajador; – El trabajador tendrá derecho a las retribuciones de las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones con inferiores retribuciones, en cuyo caso se mantendrán las retribuciones de origen; – La Empresa no podrá invocar ineptitud sobrevenida o falta de adaptación al puesto en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales; – Se realizarán programas de formación y adaptación al puesto de trabajo, en caso de que resulte necesario”.

En conclusión, puede apreciarse que, si la negociación colectiva asume con carácter general la función instrumental de ponerse al servicio de la flexibilidad interna, no en todas las vicisitudes de la relación laboral se apuesta por lograr soluciones equilibradas, dialogadas o consensuadas. Y ello es lo que ocurre, como veremos, con la movilidad funcional donde la autonomía colectiva no interviene obligatoriamente con el objetivo de paliar o reducir los efectos que el cambio de funciones pueda acarrear a los trabajadores o de ofrecer otras alternativas al empleador, sino que su función se limita a la tradicional de regular posibles límites adicionales al ejercicio del poder de dirección del empresario, en este caso, a la decisión empresarial de efectuar cambios de funciones mediante la regulación del sistema de clasificación profesional, de la polivalencia funcional, de la formación o de la propia movilidad funcional.

### C.4.3. Regulación legal de la movilidad funcional

Cuando la condición que se altera es la función a desempeñar por el trabajador nos encontramos con la figura de la movilidad funcional, regulada en el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto permite distinguir cuatro supuestos distintos de movilidad: uno, el cambio de funciones producido dentro del mismo grupo profesional, regulado generosamente al no exigir causa justificativa de la medida empresarial ni la intervención, previa o posterior, de los representantes de los trabajadores para negociar la medida; dos, el cambio funcional producido más allá del mencionado grupo profesional, que exige causas justificativas genéricas y ambiguas y una temporalidad imprecisa; tres, el cambio de funciones que no respeta los límites del art. 39 ET y que se reconduce al art. 41 del ET en cuando se trataría de una modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>33</sup> y que, en función de su carácter individual o colectivo, daría entrada a la negociación con los representantes de los trabajadores y al posible ejercicio de opciones al trabajador (rescisión contractual indemnizada o impugnación judicial), y cuatro, la movilidad funcional no impuesta por el empleador

---

<sup>33</sup> Puede verse un procedimiento específico para este caso en la Disposición Adicional Tercera del *Convenio Colectivo Acción e Intervención social 2022-2024* (BOE nº 259, de 28 de octubre). Véase, también, la STSJ Comunidad Valenciana 852/2021, de 12 de marzo (rec. nº 2814/2020).

sino promovida por el propio trabajador<sup>34</sup>, en cuyo caso podríamos estar ante una novación contractual<sup>35</sup>.

La empresa puede efectuar cambios en las funciones a desempeñar por los trabajadores bajo ciertos límites: uno general, centrado en el respeto a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y el respeto a la dignidad del trabajador -téngase en cuenta que la movilidad funcional dentro del grupo es libre al no imponer ni causa específica ni límite temporal a la medida empresarial-, y otro más específico, desplegable cuando el cambio de funciones excede de las funciones integradas en el grupo profesional<sup>36</sup>, en el que se exige que existan razones técnicas u organizativas que justifiquen

---

<sup>34</sup> Los convenios colectivos, en tal caso, introducen pocas indicaciones, si bien algunos señalan que la retribución será la que corresponda a las funciones realmente desarrolladas. Véase, por ejemplo, el art. 30 del *VII Convenio Colectivo de la empresa Diario ABC, SL* (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020) que dispone que “Artículo 30. Trabajos de distinto Grupo Profesional. La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al Grupo Profesional, sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores. Cuando se trate de un Grupo inferior, esta situación podrá prolongarse por el tiempo imprescindible para su atención, conservando el trabajador la retribución correspondiente a su Grupo de origen y los complementos que tuviera reconocidos, salvo que el cambio se produjera a petición del trabajador, en cuyo caso su salario se condicionaría según el nuevo Grupo profesional”. Igualmente, recoge esta movilidad voluntaria el Art. 19 del *VIII Convenio colectivo de grupo Constant Servicios Empresariales, SLU* (BOE nº 180, de 28 de julio de 2022) señala que “A efectos de promoción profesional a un grupo profesional superior podrá también solicitarse la movilidad funcional a instancia del trabajador/a interesado/a, siempre y cuando existieran vacantes disponibles para dicho grupo profesional”.

<sup>35</sup> Sobre este último tipo véase, por ejemplo, el art. 9 del *VIII Convenio Colectivo estatal de gestorías administrativas* (BOE nº 292, de 5 de diciembre) que señala que “La movilidad funcional que tenga lugar de mutuo acuerdo entre las partes habrá de respetar lo establecido con carácter general en este Convenio y en la legislación aplicable. En consecuencia, los cambios de funciones distintos de lo establecido en los apartados anteriores requerirán acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, de conformidad con lo establecido en el art. 41.1.f) del Estatuto de los Trabajadores”. En iguales términos puede verse el art. 22 del *Convenio Colectivo de la empresa Hero España, SA* (BOP Murcia nº 236 de 10 de octubre de 2020) que dispone: “4. El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”.

<sup>36</sup> Señala la STSJ Andalucía 1473/2020, de 12 de junio (rec. nº 2026/2019) que “Esta vía extraordinaria de movilidad funcional regulada en el artículo 39 del ET puede tener radio de acción muy amplio y variado, ya que está prevista para todos aquellos supuestos en los que se pretendan asignar a la persona trabajadora funciones “no correspondientes” al grupo profesional de referencia. Puede suponer la encomienda a la persona trabajadora de funciones del grupo profesional inmediatamente superior o inmediatamente inferior, pero también de otros posibles grupos profesionales más alejados del original en la correspondiente jerarquía empresarial”.

la medida empresarial y que se limite al tiempo imprescindible para su atención<sup>37</sup>. Estos últimos límites se predicán únicamente de la movilidad funcional extraordinaria y, respecto de los mismos cabe señalar, por un lado, que la causa justificativa es tan permisiva que, en la práctica, apenas tiene diferenciación con la movilidad funcional ordinaria ya que la optimización de los recursos humanos en cualquier proyecto empresarial es un objetivo permanente a alcanzar, incluso en momentos de bonanza económica; es por ello que la doctrina entiende que la causa no es el verdadero elemento diferenciador entre los tipos de movilidad sino que la diferencia se encuentra en las consecuencias que provoca<sup>38</sup>. Por otro lado, la delimitación del “tiempo imprescindible” no deja de ser también un concepto ambiguo por lo que, como veremos, la negociación colectiva desempeña un papel destacado en este campo al intentar delimitar dicho supuesto o, al menos, fijar límites máximos a ese cambio<sup>39</sup> que, por lógica, deben estar vinculados a la duración de la causa justificativa. Los límites se refuerzan, por su parte, en el supuesto de encajar la movilidad funcional en el art. 41 ET ya que, en tal caso, se precisa la existencia de causa económica, técnica, organizativa o productiva que justifique el cambio de funciones y el sometimiento al procedimiento previsto, individual o colectivo, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La actuación de los representantes de los trabajadores ante la movilidad funcional se reduce a conocer de la decisión del empleador y las razones de la movilidad en el supuesto de encomienda de funciones fuera del grupo profesional, así como a emitir un informe previo a la reclamación judicial por parte del trabajador cuando lo encomendado han sido funciones superiores. No se le atribuye, por tanto, un papel significativo ante el cambio funcional, ni siquiera cuando la medida empresarial afectase a un número elevado de trabajadores. Por su parte, la negociación colectiva también desempeña un modesto papel en la materia, debiéndose ello a que, por un lado, la ley sólo le remite expresamente la posibilidad de establecer periodos diferentes a los recogidos en la misma para

---

<sup>37</sup> Desapareció en la reforma de 2012 el límite relativo al carácter perentorio o imprevisible del cambio funcional, si bien este se mantiene en algunos convenios colectivos.

<sup>38</sup> IGLESIAS OSORIO, BC: “Movilidad funcional. Aspectos controvertidos de su regulación”, *IusLabor* 1/2023, pág. 57.

<sup>39</sup> Por ejemplo, el *Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores* (BOE nº 237, de 2 octubre 2019) dispone en su art. 29.6.c) que “La movilidad funcional cuando sea descendente, será por el tiempo imprescindible, no pudiendo superar nunca los seis meses dentro de un año. En caso de persistir la necesidad, se procederá a sacar la vacante de dicho puesto de trabajo”. En el caso de movilidad ascendente, puede verse el art. 38 del *XXII Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España SA, Operadora S. Unipersonal* (BOE nº 39, de 15 de febrero de 2023) que dispone que “No se considerará categoría superior cuando no exista distinción en cuanto al trabajo desarrollado y sólo exista diferencia puramente administrativa. Este cambio no puede ser de duración superior a seis meses ininterrumpidos, salvo en los casos de sustitución por enfermedad, accidente de trabajo, permisos u ocupaciones de cargos oficiales, en cuyo caso la sustitución comprenderá todo el tiempo que duren las circunstancias que la hayan motivado”.

reclamar la cobertura de vacantes (es decir, alterar el periodo de seis meses en un periodo de referencia de un año o de ocho en un periodo de dos años que marca la ley) y a que, por otro lado, la autonomía colectiva demuestra escasa iniciativa en la materia.

La movilidad funcional se caracteriza, en definitiva, por los siguientes aspectos de interés: primero, por ser la vicisitud que menos condiciones exige al empleador para su ejercicio unilateral; segundo, por no exigir la intervención de la negociación colectiva para paliar o evitar los efectos de la decisión modificativa; tercero, por no afectar a su régimen jurídico el número de trabajadores afectados por el cambio de funciones, y, cuarto, por no prever alternativas procesales resarcitorias para los trabajadores que se muestren disconformes con la decisión empresarial. En el plano convencional, la movilidad funcional se caracteriza mayoritariamente por su anomia, es decir, su no regulación, tanto en los convenios colectivos de ámbito sectorial<sup>40</sup> como en la negociación de ámbito inferior y, en los que se aborda, se hace tímidamente y se limita, bien a transcribir la regulación legal o, en su caso, a abordar cuestiones puntuales de escasa trascendencia.

Conforme a este breve diagnóstico de la movilidad funcional, el objetivo de este trabajo consistirá, por tanto, en analizar la regulación legal y convencional sobre la misma, prestando un especial interés a la regulación contenida en los convenios colectivos para visualizar la tendencia regulatoria de los mismos en la materia. Ello nos permitirá plantear cuál es el papel de la negociación colectiva en la flexibilidad interna a través de la regulación de la clasificación profesional, la polivalencia funcional o la movilidad, en especial, tras las modificaciones en la organización del trabajo motivadas por procesos de innovación y cambios tecnológicos.

#### **C.4.4. Presupuestos de la movilidad funcional: la clasificación profesional y la polivalencia funcional**

Antes de analizar la movilidad funcional como instrumento de flexibilidad interna que tiene por objeto la adaptación de las funciones de los trabajadores a situaciones de crisis o a la cobertura de necesidades empresariales, resulta necesario abordar el papel de la negociación colectiva en los presupuestos necesarios

---

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, el *Convenio Colectivo para el Comercio en General de Sevilla*, BOP nº 236, de 10 de octubre de 2018.

para la misma, es decir, el alcance de la negociación colectiva en la regulación de la clasificación profesional y/o la polivalencia funcional como paso previo para aquélla. Es, precisamente, la flexibilidad que ofrece la ley en estos presupuestos lo que permite realizar una posterior movilidad funcional con mayores o menores cortapisas.

### A. La clasificación profesional

Los sistemas de clasificación profesional tienen su origen en el fenómeno de la especialización y la división técnica del trabajo. La clasificación profesional de la empresa es el presupuesto necesario para la movilidad funcional<sup>41</sup>. Su función primordial es determinar las tareas a realizar por los trabajadores en la empresa y es, por tanto, la responsable de la rigidez o flexibilidad con la que se definen las tareas que conforman la prestación profesional<sup>42</sup>.

La clasificación profesional es, en suma, el marco normativo que ordena los cometidos laborales en una empresa y su regulación es fundamental para determinar otras condiciones de trabajo como la retribución de los trabajadores

---

<sup>41</sup> Véase, entre otros, el *Convenio colectivo de la empresa Cruz Roja Gipuzkoa* (BOPG nº 109, de 11 de julio de 2019) cuyo Art. 29 reza: “Clasificación profesional: El sistema de clasificación se estructura en grupos profesionales y niveles con el fin de facilitar la movilidad funcional e interdepartamental del personal y de favorecer su promoción. El grupo profesional agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, las titulaciones y el contenido general de la prestación laboral que se corresponde con las mismas”.

<sup>42</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VVAA *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, 2013. Confirman dicha responsabilidad, por ejemplo, el *Convenio Colectivo General de Centros y servicios de atención a personas con discapacidad* (BOE de 4 de julio de 2019) cuyo art. 87 señala que: “[...] El sistema de clasificación profesional pretende una mayor flexibilidad organizativa, posibilitando recomponer los procesos de trabajo y redistribuir las actividades según las necesidades cambiantes de la actividad; disponer de profesionales con conocimientos, cualidades y aptitudes que les permitan desempeñar su trabajo con igual resultado en distintas situaciones; una mayor motivación, suscitando una continua capacidad para incrementar el interés y el compromiso de las personas trabajadoras con su cometido profesional”.

o la carrera profesional<sup>43</sup>, por un lado, o amparar la movilidad funcional<sup>44</sup>, por otro. Debido a esa vinculación con la retribución de los trabajadores y con el ejercicio del poder de dirección del empleador, la casi totalidad de los convenios colectivos vigentes regulan la clasificación profesional de los trabajadores<sup>45</sup> o, en su caso, reenvían a lo negociado en la materia a otros ámbitos. La remisión

---

<sup>43</sup> Véase, entre otros, el Art. 11 del *Convenio Colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA* (BOE nº 154, de 29 de junio de 2023) que, ligado a la movilidad funcional vinculado al concepto de “carrera profesional”. En su redacción anterior, de 2018 (BOE 27-08-2018), señala que “se establece un sistema de desarrollo de la Carrera Profesional que adapta y complementa el sistema recogido en el Convenio General del Sector Seguros, a la realidad organizativa de la empresa, y basado en tres pilares:

- Evaluación del desempeño: referido a un proceso anual estructurado destinado a la gestión y desarrollo de los profesionales de Allianz con el objetivo de realizar un balance de la actividad desarrollada durante los últimos 12 meses, de manera conjunta con el colaborador/a al objeto de establecer un plan de acción para el siguiente ejercicio y desarrollar las capacidades de los empleados/as identificando las necesidades de formación y desarrollo.

- Experiencia en el puesto: referida a la práctica prolongada que proporciona conocimientos y habilidades asociados al desempeño de las funciones atribuidas en la posición actual.

- Conocimientos y habilidades requeridas en el puesto: referido al nivel de dominio que el ocupante del puesto de trabajo tenga de los conocimientos y habilidades requeridos por el puesto, mediante la realización de la formación mínima definida y de aquellas otras acciones de validación y convalidación que se establezcan en su puesta en práctica. Asimismo, se establece un sistema de promociones y ascensos en la empresa, basado en el cumplimiento de los tres pilares anteriormente señalados, y sujeto a la existencia de un puesto vacante y a las necesidades operativas y estructurales de la misma, excluyéndose de este sistema la cobertura de los puestos de los Grupos Profesionales 0 y I que, en todo caso, queda reservada al criterio y decisión de la empresa”.

Dicha ordenación se mantiene en los términos establecidos por la disposición transitoria tercera del convenio en su última versión de 2023: “Los criterios recogidos en el artículo 11. A), del convenio colectivo Allianz Seguros 2018-2021, relativos al cumplimiento de tres pilares (evaluación del desempeño, experiencia en el puesto y conocimientos y habilidades requeridas en el puesto), y sujeto a la existencia de un puesto vacante y a las necesidades operativas y estructurales de las empresas, excluyéndose de este sistema la cobertura de los puestos de los Grupos Profesionales 0 y I que, en todo caso, queda reservada al criterio y decisión de cada empresa”.

<sup>44</sup> Dicha circunstancia se confirma, por ejemplo, en el Art. 20 del *Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023) que dispone “1.1. Se entiende por sistema de clasificación profesional la ordenación jurídica por la que, con base técnica y organizativa, se contempla la inclusión de las personas trabajadoras en un marco general que establece los distintos cometidos laborales. 1.2 A estos efectos, se entiende por grupo profesional el que agrupa las aptitudes profesionales, titulaciones y actividades profesionales. 1.3 El sistema de clasificación profesional será la base sobre la que se regulará la forma de llevar a cabo la movilidad funcional y sus distintos supuestos”.

<sup>45</sup> A título ejemplificativo, véase en el ámbito de los convenios de sector, el Art. 10 del *VIII Convenio Colectivo estatal de Gestorías Administrativas* (BOE nº 292, de 5 de diciembre de 2019), Art. 18 del *Convenio colectivo estatal de Perfumerías y afines* (BOE nº 22, de 26 de enero de 2023), Art. 27 del *Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021* (BOE nº 310, de 26 de noviembre de 2020), Art. 30 del *VII Convenio Colectivo estatal del sector de fabricantes de yeso, escayolas, cales y sus prefabricados* (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2019). En el marco de la negociación colectiva de ámbito empresarial pueden verse, entre otros, el Art 17 del *Convenio colectivo de la empresa Robert Bosch España, SAU* (BOPB de 2 de marzo de 2020).

suele ser frecuente a lo dispuesto en convenios colectivo de ámbitos superiores como se aprecia, por ejemplo, en el sector hostelero<sup>46</sup> o el metalúrgico<sup>47</sup>, en los que se los que se cubre esta materia con lo dispuesto en ámbitos superiores, aunque también se encuentran remisiones a la clasificación profesional conte-

---

<sup>46</sup> El Art 8 del *Convenio Colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna* (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2022) que dispone que: “La clasificación profesional del sector será la recogida en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería área funcional tercera. A nivel de empresa o en su caso a nivel de grupo de empresas se procederá, de acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, a la trasposición de la clasificación profesional que existiese, en su caso, a los grupos profesionales existentes en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, en la redacción vigente al día de la firma del presente convenio. Una vez reclasificada la plantilla se procederá a adscribir los grupos profesionales a los niveles salariales contenidos en el convenio colectivo. A cada grupo profesional del ALEH le resultara de aplicación el correlativo nivel retributivo previsto en las tablas del presente convenio. Para esta operación las empresas (en su caso los grupos de empresa) y la representación legal de las personas trabajadoras dispondrán de tres meses desde la publicación del convenio colectivo, todo ello sin perjuicio de los efectos económicos del presente convenio colectivo”. Igual remisión a la clasificación profesional del *Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería puede verse en el Convenio Colectivo de restauración colectiva* (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2022). Además, el Art. 14 de este convenio establece un sistema de adaptación de los grupos profesionales a la estructura del convenio subsectorial a efectos de garantizar su neutralidad económica durante el proceso de tránsito hacia la aplicación del nuevo convenio colectivo; dispone que “Expresamente se declara la neutralidad económica del presente sistema de adaptación de las diferentes clasificaciones profesionales de los convenios territoriales que se incorporan y su aplicación en niveles retributivos, en su proceso de tránsito desde los convenios de aplicación actuales al momento en que sea aplicable el presente convenio. En consecuencia, la futura homogenización que regulará el sistema de adscripción a los grupos profesionales, no supondrá incremento o decremento salarial alguno o reclasificación profesional, ya que el sistema no conlleva determinación salarial alguna. De igual forma, tampoco supone cambios en el aspecto económico de la estructura salarial de los puestos o sistemas utilizados en la negociación colectiva territorial anterior a este convenio. En las posibles discrepancias que puedan surgir, las partes se someterán obligatoriamente y con carácter previo al dictamen de la comisión paritaria del presente convenio colectivo antes de iniciar cualquier acción judicial. La adecuación de los grupos, áreas y puestos al presente Convenio Colectivo de Colectividades en cuanto a niveles retributivos serán la recogida en los anexos del presente convenio”.

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 30 del *Convenio Colectivo de Industrias y servicios del metal de Albacete* (BOP nº 111 de 25 de septiembre de 2023) que dispone que “Los trabajadores afectados por este Convenio, en atención a las funciones que desarrollen y de acuerdo con las definiciones que se especifican en el artículo siguiente, serán clasificados en los grupos profesionales que se relacionan en este Convenio, y estarán a lo dispuesto según II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector del Metal o en sus sucesivas modificaciones”. Igualmente, el Art. 18 del *Convenio Colectivo de la empresa Manufacturas y Accesorios Eléctricos, SA* (BOCM nº 298 de 7 de diciembre de 2020) que remite al convenio provincial del Metal, estableciendo complementos salariales individuales denominados “ex categoría” o “ex salario” para no sufrir pérdidas económicas. En el mismo sentido se pronuncia el Art.29.3 del *Convenio colectivo de la empresa Domiberia, SLU* (BOPPO nº 178, de 15 de septiembre de 2020).

nida en las derogadas Ordenanzas Laborales<sup>48</sup>, demostrando esto último la falta de modernización de esta materia. Tampoco faltan, por otro lado, convenios colectivos que realizan remisiones poco ortodoxas en la materia<sup>49</sup> o que, en su caso, efectúan meras adaptaciones en materia de clasificación profesional a los planes educativos en vigor, parcheando en ocasiones el sistema de clasificación profesional<sup>50</sup>.

No es infrecuente, por otro lado, que la negociación colectiva aborde la clasificación profesional en sentido amplio, es decir, incluyendo en un mismo articulado tanto esta figura de encuadramiento como aspectos relativos a las consecuencias del cambio de funciones. No obstante, algunos convenios establecen de manera diferenciada una serie de principios generales de clasificación como marco en el que desarrollarse la atribución de funciones y sus cambios, resaltando el dinamismo que tiene esta materia en la gestión de los recursos humanos en las empresas. Un ejemplo significativo de ello puede verse, entre

---

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, el *Convenio colectivo de trabajo para empresas de hospitalización, internament, consultas, asistencia y laboratorio o análisis clínicos para la provincia de Sevilla* (BOP Sevilla nº 293, de 20 de diciembre de 2019) que se rige por la clasificación de la Ordenanza Laboral para los establecimientos de hospitalización. En siderometalurgia puede verse el *Convenio colectivo de la empresa Amurrio Ferrocarril y Equipos, SA* (BOTH A nº 81, de 21 de julio de 2021), cuyo Art. 8 disponía que “En cuanto a la definición de categorías y grupos profesionales, así como las cuestiones relativas a la tipificación y regulación del régimen sancionador, serán de aplicación los anexos I y II y el capítulo VIII de la derogada Ordenanza de la Industria Siderometalúrgica, acogiéndonos únicamente al texto de redacción de dicha Ordenanza y no a la Ordenanza como tal, y respetando en todo momento las categorías profesionales actuales”. No se contempla en la última versión publicada en BOTH A nº 14, de 3 de febrero de 2023.

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, el art. 23 del *Convenio colectivo de empresa PQS Piscinas y consumo, SA* (BOP Sevilla nº 236, de 11 de octubre de 2022, que establece “Clasificación profesional. Movilidad funcional. Se estará a lo regulado en el CGIQ, salvo las discrepancias, que serán elevadas a la Comisión Mixta de dicho convenio, tal y como se recoge en el art. 23”.

<sup>50</sup> Se aprecia, por ejemplo, en el *Acuerdo Marco Grupo Repsol* (BOE nº 45, de 22 de febrero de 2023) cuyo Art. 13 del mismo señala que “A fin de adaptar el sistema de clasificación profesional de los convenios colectivos incluidos en el ámbito de acuerdo marco al plan educativo en vigor en España, se modifican los grupos profesionales de Técnicos Superiores y Técnicos Medios, pasando a denominarse y definirse tales grupos profesionales como Técnicos Especializados y Técnicos respectivamente, en función del nivel de estudios requerido para la actividad para la que el empleado es contratado. Esta regulación entrará en vigor una vez se acuerde en los convenios colectivos del ámbito de aplicación del presente acuerdo marco. Los actuales Técnicos Medios pasarán automáticamente al grupo de Técnicos y los Técnicos Superiores al de Técnicos Especializados. Técnicos especializados. Titulación/Aptitudes profesionales: Título académico de grado más máster habilitante para el ejercicio de su profesión, siempre que las funciones concretas de la posición requieran disponer de dicho máster, o nivel de conocimientos equivalente a juicio de la Dirección. Contenido de la prestación: desempeña funciones, con mando o sin él, propias de su titulación o experiencia. Técnicos. Titulación/Aptitudes profesionales: Título académico de grado o nivel de conocimientos equivalente a juicio de la Dirección. Contenido de la prestación: desempeña funciones, con mando o sin él, propias de su titulación o experiencia”.

otros, en el artículo 21 del *Convenio Colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados* (BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2023), el cual dispone que “1. A los efectos del presente Convenio se entiende por sistema de clasificación profesional la ordenación jurídica por la que, con base técnica y organizativa, se contempla la inclusión del personal en un marco general que establece los distintos cometidos laborales en las empresas afectadas por este Convenio. Dicha ordenación jurídica se traduce en la delimitación de los diferentes criterios, conocimientos, funciones y tareas en los que se estructura la prestación debida, sirviendo a la vez para la consiguiente fijación de la contraprestación económica y demás efectos del contrato de trabajo. 2. El sistema de clasificación profesional establecido en el presente Convenio contribuye a las políticas activas que se pretenden potenciar y promueve la consecución de una razonable correspondencia entre la organización del trabajo de las empresas y los cambios técnicos y organizativos, así como la cualificación profesional del personal, partiendo de una función más dinámica y relevante del factor humano. Por tanto, este sistema de clasificación profesional tiene por objeto facilitar la gestión de los recursos humanos en las empresas, así como el desarrollo profesional del personal, considerando que entre ambas actuaciones ha de conseguirse una correspondencia positiva. 3. Las plantillas de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este Convenio serán clasificadas con arreglo a las actividades profesionales pactadas y/o, en su caso, ejecutadas y a las normas que se establecen en este sistema de clasificación profesional, con arreglo al cual aquéllas deben ser definidas. En el contrato de trabajo, se acordará el contenido de la prestación laboral objeto del mismo, en correspondencia con este sistema de clasificación profesional. El personal utilizará los medios informáticos y de comunicación de que disponga la empresa, para desarrollar las tareas que tengan asignadas. 4. Con carácter general cada persona desarrollará las tareas propias de su grupo profesional, así como tareas suplementarias y/o auxiliares precisas que integren el proceso completo del cual forman parte. 5. Tomando como base dicho sistema de clasificación profesional, el presente Convenio regula la forma de llevar a cabo la movilidad funcional y sus distintos supuestos. 6. El sistema de clasificación precisa de la plena colaboración de políticas activas de formación y de procesos en la promoción del personal, lo que conllevará una mayor amplitud en las expectativas profesionales. Las referencias que se hacen a formación, al definir los grupos y subgrupos profesionales, deberán entenderse como conocimientos y experiencia que la representación de trabajadores y las empresas consideran que deberían poseer las personas para desempeñar el puesto de trabajo que se contempla, excepto en las tareas que exijan una titulación específica. 7. Todo ello con el objetivo de consolidar e incrementar la profesionalización y desarrollo del factor humano en las empresas del Sector, en aras de una mejora permanente de la calidad interna y en la prestación del servicio”. Este convenio colectivo ejemplifica claramente la importancia del sistema

clasificación profesional en las empresas y su vinculación con otras instituciones laborales, aunque no es extraño encontrar convenios colectivos que abordan directamente el establecimiento de grupos profesionales sin enmarcar antes el cuadro normativo en el que se desenvuelve o que incluyan en una misma disposición la clasificación y la movilidad funcional<sup>51</sup>. La importancia de la clasificación profesional se aprecia también en la reserva que sobre esta materia realizan los convenios colectivos sectoriales respecto de los convenios de ámbito inferior con los que pueda coincidir<sup>52</sup>, sin perjuicio de las normas de adaptación que se dicten para los convenios de empresa (reserva que, en las mismas condiciones, se extiende a la movilidad funcional).

La clasificación profesional es, sin duda, una garantía ante al cambio de tareas, si bien algún convenio colectivo excede del significado de la misma al objeto de amparar negativas laborales a la realización de las nuevas funciones. Ello puede verse, por ejemplo, en el Art. 34 del *Convenio colectivo del sector de empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorios de análisis clínicos* (BOP nº 293, de 20 de diciembre de 2019) que, partiendo del deber de respeto del contenido de la clasificación profesional, dispone que “la negativa del trabajador o trabajadora a realizar tareas distintas a las de su clasificación profesional no será nunca constitutiva de indisciplina”<sup>53</sup>.

En todo caso, la negociación colectiva es la encargada, por ley, de delimitar la clasificación profesional, es decir, de establecer el marco general en el que se desarrollarán los distintos cometidos laborales, por lo que la autonomía colectiva desempeña un papel trascendental para alcanzar en esta materia niveles máximos o mínimos de flexibilidad interna. Debe recordarse que, en este caso, no se trata de un llamamiento a la negociación para que ésta resuelva de manera consensuada los problemas que puedan surgir con ocasión de la adopción de una decisión empresarial perjudicial para los trabajadores, sino que, por el contrario, se trata del despliegue habitual de la capacidad de autonormación o autorregulación de los sujetos colectivos para fijar condiciones de trabajo o empleo.

La necesidad de flexibilidad en los sistemas clasificatorios ha sido, sin duda, un objetivo prioritario y compartido por la patronal y los sindicatos, aunque

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 16 del *Convenio Colectivo del Sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid* (BOCM nº 228 de 24 de septiembre de 2022).

<sup>52</sup> Véase, entre otros, el *VII Convenio Colectivo del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados* (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2019).

<sup>53</sup> Véase el Art. 34.E del *Convenio colectivo de empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorios de análisis clínicos* (BOP Sevilla nº 293, de 20 de diciembre de 2019).

dicho objetivo no se ha conseguido de manera general, como tampoco se ha generalizado la referencia a la igualdad de géneros en los sistemas clasificatorios<sup>54</sup> y su consiguiente repercusión en la movilidad funcional<sup>55</sup> (v. gr. en materia de conciliación familiar y laboral<sup>56</sup>).

### A.1. Grupos profesionales

El sistema de clasificación profesional se basa legalmente, desde la reforma laboral de 2012, en el grupo profesional, es decir, en la profesionalidad de los trabajadores y no en las anteriores categorías profesionales que implicaban una descripción detallada y minuciosa de las funciones a desempeñar y, por tanto, más rígidas. Las categorías profesionales dificultaban en mayor medida el cambio de funciones, motivo por el que este sistema de organización se resiste aún a desaparecer en algunos convenios colectivos.

El grupo profesional, como sistema de organización de la clasificación profesional, contiene un plus de flexibilidad frente a la categoría profesional pues dicho grupo revaloriza la subjetividad de la clasificación profesional y promueve la aptitud profesional en detrimento de la regulación detallada de las funciones a desempeñar. El grupo permite, por tanto, definir competencias ligadas a la titulación del trabajador<sup>57</sup>, la aptitud profesional y el contenido general de la prestación<sup>58</sup>, y organizar el trabajo a través de conceptos tan amplios como el

---

<sup>54</sup> Una excepción puede verse en el Art. 35 del *IV convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal* (BOE nº 10, de 12 de enero de 2022 que señala que “[...] Los criterios de definición de los grupos profesionales y divisiones funcionales se acomodarán a reglas comunes para todas las personas trabajadoras, garantizando la ausencia de discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres [...]”).

<sup>55</sup> Véase el Art. 10 del *II Convenio Colectivo Oficina Autónoma Cruz Roja Española en Castilla y León* (BOPZ nº 57 de 24 de marzo de 2021) que dispone “Movilidad funcional. “El sistema de clasificación se estructura en grupos profesionales y niveles con el fin de facilitar la movilidad funcional e interdepartamental del personal y de favorecer su promoción (...)”.

<sup>56</sup> Véase la STC 61/2021, de 15 de marzo, sobre discriminación indirecta de género provocado por el cambio de funciones, comentada críticamente por SEMPERE NAVARRO, AV.: “Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional impuesta (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 10, 2021, pág. 9.

<sup>57</sup> El Art. 4 del *Convenio Colectivo Orange España Comunicaciones Fijas, SLU* (BOE nº 251, de 18 de octubre de 2019) señala, entre los criterios generales de la clasificación profesional, que “El criterio de la titulación es orientativo de las aptitudes requeridas por cada perfil, sin que pueda determinar reconocimiento o exclusión del correspondiente grupo profesional”.

<sup>58</sup> Entre otros, véase el Art. 7 del *III Convenio Colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar* (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2020).

conocimiento -obtenido por formación y/o experiencia<sup>59</sup>-, la iniciativa, la autonomía, la complejidad, la responsabilidad o el mando o liderazgo, entre otros factores<sup>60</sup>. Ello se basa en que el art. 22.2 ET define al grupo profesional como el que agrupa unitariamente “las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”. La clasificación a través de grupos profesionales otorga, por tanto, una mayor adaptabilidad a las necesidades de las empresas en el ejercicio ordinario de su poder de dirección<sup>61</sup>, incluyendo la movilidad funcional dentro del mismo grupo profesional. En realidad, desde la perspectiva práctica, el cambio de funciones dentro del grupo profesional no es más que la concreción de las tareas a desempeñar por el trabajador en atención a las necesidades de la empresa.

Ejemplos convencionales de esa flexibilidad aportada por el grupo profesional puede verse actualmente en la mayoría de convenios colectivos vigentes, ya sean de sector –estatales o provinciales- o de empresa. Así, en el ámbito de la negociación sectorial estatal puede consultarse, a título de muestra, el *Convenio Colectivo estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2020* (BOE nº 6, de 7 de enero de 2020)<sup>62</sup> y, en la misma línea,

---

<sup>59</sup> Entre los factores de encuadramiento, el Art. 29.2.b del *CC Marco de la Unión General de Trabajadores* (BOE 2 de octubre de 2019) señala que en la valoración de tales factores se tendrá en cuenta, entre otros, “Conocimientos y experiencia: Factor para cuya valoración se tendrá en cuenta, además de la formación básica necesaria para cumplir correctamente los cometidos, el conjunto de conocimientos técnicos, experiencia y habilidades requeridas para un correcto desempeño de la función, independientemente de su forma de adquisición”.

<sup>60</sup> Una relación detallada de estos factores puede verse, por ejemplo, en el Art. 30 del *VII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yeso, escayolas, cales y sus prefabricados* (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2019); en el Art. 10 del *Convenio Colectivo del Grupo Nortegás* (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU), BOE nº 189, de 10 de julio de 2020; o en el Art. 15 del *V Convenio Colectivo de Centros de jardinería* (BOE nº 40, de 16 de febrero de 2023).

<sup>61</sup> El *Convenio colectivo de la empresa MANN+HUMMEL Ibérica SAU* (BOPZ nº 39, de 17 de febrero de 2018) establece en su Art. 55, con referencia al Acuerdo Estatal del Sector del Metal, ocho grupos profesionales en atención a la formación de los trabajadores, las tareas a desempeñar y unos criterios generales sobre mando, autonomía o complejidad, entre otros. Un ejemplo de la flexibilidad del concepto puede verse también en el Art. 17 del *III Convenio Colectivo de Evolutio Cloud Enable, SAU* (BOE nº 5, de 6 de enero de 2023).

<sup>62</sup> Clasificación a la que remiten algunos convenios de empresa del mismo sector de actividad como, por ejemplo, el *Convenio Colectivo de empresa Allianz, compañía de Seguros y Reaseguros SA* (BOE nº 154, de 29 de junio de 2023), señalando en el Art. 9 del mismo que “El sistema de clasificación profesional de Allianz se articula, partiendo de los criterios básicos establecidos en el Convenio General del Sector Seguros, en grupos profesionales y niveles retributivos, encontrándose establecida su adscripción práctica en Allianz con referencia a los puestos de trabajo conforme a lo detallado en el inventario de puestos de trabajo contenidos en el Anexo I. [...]”

puede verse también el *Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidoras de especialidades y productos farmacéuticos* (BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2023) o el *VIII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas* (BOE nº 292, de 5 de diciembre de 2019) que detallan amplia y pormenorizadamente el grupo profesional. Por su parte, en el marco de la negociación provincial sectorial, puede mencionarse, entre otros, al *Convenio Colectivo para el sector de limpieza de edificios y locales de Illes Balears* (BOIP nº 126, 27 de septiembre de 2022) y, en el ámbito de empresa puede verse, a modo ejemplificativo, el Art. 6 del *Convenio Colectivo El Correo, SAU año 2020* (BOPV nº 246, de 10 de diciembre de 2020). No supone ello, sin embargo, la desaparición de las categorías profesionales pues numerosos convenios las mantienen aún como una subespecie del grupo profesional, siendo palpable tanto en la negociación sectorial<sup>63</sup> como de empresa<sup>64</sup>.

El grupo profesional introduce, sin duda, un mayor margen de maniobra para el cambio de funciones ordinarias pues, como señala el Art. 34 del *Convenio colectivo de Districenter, SA* (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2023) “los trabajadores, sin menoscabo de su dignidad, podrán ser ocupados en cualquier tarea o cometido de las de su grupo profesional, durante los espacios de tiempo que no tengan trabajo correspondiente a su categoría”. Se aprecia en los convenios consultados que, en desarrollo de la ley, la dignidad, la retribución justa y la promoción profesional (residuo este último elemento de la anterior regulación legal), se vinculan al establecimiento de la estructura profesional mediante grupos, si bien son conceptos tan genéricos y abstractos que permiten una interpretación laxa de los mismos<sup>65</sup>.

La regulación convencional desempeña, por tanto, un importante papel en la flexibilidad de la prestación laboral, estableciendo a veces un concepto amplio del grupo profesional y de las funciones a desarrollar. Ejemplo de ello puede verse en el *convenio colectivo de estaciones de servicios*<sup>66</sup>, que al regular los criterios generales de la clasificación profesional establece que “El personal contratado desarrollará las tareas propias de su grupo profesional, así como las tareas suplementarias y/o auxiliares precisas que integran el proceso completo

---

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 8 del *Convenio colectivo del sector de Exhibición Cinematográfica de la provincia de Barcelona* (BOPB de 8 de enero de 2024), o el *Convenio Colectivo de trabajo para empresas de hospitalización, internamiento, consulta, asistencia y laboratorio de análisis clínicos para la provincia de Sevilla* (BOP Sevilla nº 293, de 20 de diciembre de 2019).

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 16 y el Anexo VI del *convenio colectivo de la empresa Aluminio y Aleaciones, SA*, (BOPZ nº 27, de 19 de junio 2019)

<sup>65</sup> Véase el Art. 9.2 del *Convenio Colectivo de la empresa Interal, SA 2018-2020*, BOGuipúzcoa, nº 151, de 9 de agosto de 2019.

<sup>66</sup> BOE nº 59 de 10 de marzo de 2023.

del cual forman parte”. La indefinición de esas tareas complementarias o auxiliares aporta dosis importantes de flexibilidad a la empresa, a lo que se suma el hecho de no limitar las funciones a desempeñar por cada grupo profesional, conteniendo regulaciones meramente enunciativas<sup>67</sup>.

En tal sentido, en la mayoría de los convenios colectivos consultados puede observarse que, por un lado, la renovación de la estructura profesional no deja de ser meramente nominativa, procediendo al cambio de terminología para sustituir la categoría por el grupo, pero manteniendo la regulación detallada de las funciones características de las categorías<sup>68</sup>; y por otro, que en los últimos años se ha producido una tendencia más favorable a la flexibilidad a través de un sistema enunciativo de funciones dentro de la clasificación profesional que permite a la empresa, por un lado, prever o planificar los puestos necesarios en su sistema sin que se obligue a cubrirlos efectivamente y, por otro, asignar funciones complementarias, accesorias o similares a las de otros puestos. Así, por ejemplo, hace una definición meramente enunciativa el *Convenio colectivo de la Industria del Calzado* (BOE 10 abril 2023) cuyo Art. 14 dispone que “Las clasificaciones del personal consignadas en este convenio son meramente enunciativas y no suponen la obligación de tener provistas todas las plazas, oficios y ocupaciones que se enumeran, si las necesidades y volumen de la empresa no lo exigen”. Esta situación se observa en convenios colectivos más recientes como, por ejemplo, el *Convenio Colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021* (BOE 14 de agosto de 2020), el convenio del *Sector de Radiodifusión comercial sonora* (BOE 28 de enero de 2022), o el *Convenio colectivo de la Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo* (BOE 8 de marzo de 2022) cuyo Art. 21 reitera que “las funciones descritas para cada uno de los grupos son meramente enunciativas”, añadiendo que, por ello, pueden “asignarse funciones similares o accesorias a las descritas”; incide en esa misma idea el Art. 22 del *Convenio Colectivo de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana* (DOCV nº 9478 de 25 de noviembre de 2022) que dispone que “los grupos profesionales tienen un carácter meramente enunciativo, sin que las empresas vengan obligadas a contemplar en su estructura organizativa todos y cada uno de ellos, pudiendo en su caso, establecerse las correspondientes asimilaciones”. El carácter enunciativo,

---

<sup>67</sup> A modo de ejemplo, véase el Art. 21.4 del *Convenio colectivo Acción e Intervención Social 2022-2024* (BOE nº 259, de 28 de octubre de 2022) que dispone: “Las funciones o labores descritas para determinar el contenido general de la prestación a título de ejemplo en todos los grupos profesionales que a continuación se indican, tienen un carácter, enunciativo, no limitativo, y deben servir de referencia para la asignación de puestos análogos que ya existan con otra denominación, así como los que puedan surgir con posterioridad fruto de la propia evolución del sector”.

<sup>68</sup> Al respecto puede verse el *Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Seguridad Privada* (BOE 22 de enero de 2022).

además, no se limita a las funciones atribuidas a los grupos profesionales, sino que, en algunos casos, se extiende a los cometidos asignados en distintos niveles funcionales como ocurre, por ejemplo, en el *Convenio Colectivo estatal de las Empresas de Seguridad para el año 2021* (BOE nº 310, de 26 de noviembre) cuyo Art. 27 dispone que “no son asimismo exhaustivos los distintos cometidos asignados a cada nivel funcional o especialidad, pues todo trabajador incluido en el ámbito funcional de este Convenio está obligado a efectuar cuantos trabajos y operaciones le ordenen sus superiores dentro de los generales cometidos de su competencia y sin menoscabo de su dignidad profesional”. Se consigue de tal modo una flexibilidad mayor pues, además de las funciones comprendidas en el grupo profesional, podrá exigirse al trabajador la realización de cualquier otra función auxiliar o suplementaria relacionada con la aptitud profesional y la clase de trabajo definida en su grupo profesional<sup>69</sup>.

Esa flexibilidad se aprecia particularmente en determinados sectores de actividad, como ocurre, por ejemplo, con el sector del comercio o la hostelería. En este último la clasificación profesional se establece por grupos profesionales conforme al *V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería* (ALEH), prorrogado mediante Resolución de 9 de marzo de 2022 (BOE nº 69 de 22 de marzo), señalando su Art. 11 que “Se asignará un grupo profesional al trabajador o a la trabajadora mediante acuerdo con el empresario, a la vez que se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado, dentro del área funcional donde se le encuadre, según lo regulado en el presente capítulo”. Para la definición del grupo profesional remite a lo dispuesto en el art. 22 ET, pero añade un plus de flexibilidad al establecer el carácter meramente enunciativo del mismo. Así, dispone que “los grupos profesionales regulados en el presente Acuerdo son meramente enunciativos, no suponiendo obligación alguna de tenerlos cubiertos todos en el ámbito de cada empresa, así como tampoco todas las tareas, funciones, especialidades, responsabilidades o áreas funcionales definidas en el presente capítulo, si la organización, volumen

---

<sup>69</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “La movilidad funcional como medida de flexibilidad interna: clasificación profesional, polivalencia y cambios funcionales”, en MONEREO PÉREZ, J., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución a un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pág. 41.

o necesidades de la actividad del centro de trabajo no lo requiere a criterio del empresario<sup>70</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la Disposición Adicional 9ª del RDley 3/2012 previó un plazo de un año para adaptar los convenios colectivos vigentes al sistema de clasificación profesional grupal establecido en la norma, aunque la complejidad de esta tarea ha dado como resultado varias situaciones: primera, que muchos convenios no hayan abandonado su tradicional sistema de clasificación mediante categorías profesionales debido a prácticas negociales heredadas del pasado o a la existencia de obstáculos estructurales que mantienen una relación pormenorizada de las tareas y funciones a desempeñar<sup>71</sup>; segunda, que los convenios colectivos hayan adoptado meramente el cambio de nomenclatura, manteniendo en la práctica la categoría profesional como elemento principal para la determinación de funciones<sup>72</sup>; tercera, que los convenios mantengan ambos tipos de clasificación<sup>73</sup>; o cuarta, que incluso algunos convenios colectivos nuevos continúen clasificando categorialmente y no grupalmente. No obstante, la transición de categoría a grupo profesional ha ido generalizándose en los

---

<sup>70</sup> El *Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Navarra* (BON nº 223, de 12 de noviembre de 2019) remite la materia al IV ALEH que reserva la movilidad funcional al ámbito sectorial. Es más, en materia de movilidad funcional dispone que para la “Flexibilidad extraordinaria temporal: se aplicará un mayor nivel de flexibilidad que dé respuesta a necesidades empresariales temporales de movilidad funcional mayores de las señaladas anteriormente. Las necesidades temporales referidas no deben identificarse a estos efectos a las derivadas de la actividad estacional o de temporada, dada su distinta naturaleza. A tales efectos, la movilidad funcional temporal para la realización de funciones distintas a las pertenecientes al grupo profesional podrá ordenarse si existiesen razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que las justifiquen, según se entiende por tales en el primer párrafo del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, y durante el tiempo necesario para su atención, sin que pueda superar seis meses en un año u ocho meses en dos años”.

<sup>71</sup> El art. 17 del *Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios* (BOE nº 255, de 25 de octubre de 2023) aún se intitula “definición de las categorías profesionales” o el *XI Convenio Colectivo de la empresa Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda* que integra los puestos de trabajo en categorías profesionales (BOE de 6 de mayo de 2021); véanse también los arts. 23 a 27 del *Convenio Colectivo de industrias cárnicas* (BOE nº 170 de 16 de julio de 2022).

<sup>72</sup> Véase el Art. 8 del *Convenio colectivo de recuperación y reciclaje de residuos y materias primas secundarias* (BOE nº 177, de 25 de julio de 2022) o el anexo 0 del *Convenio Colectivo de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes* (BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2022); el Art. 16 del *V Convenio Colectivo general del servicio de asistencia en tierra en aeropuertos* (BOE nº 249, de 17 de octubre de 2022), Arts. 27 a 35 del *Convenio colectivo del Sector de la Empresa de Seguridad Privada* (BOE nº de 12 de enero de 2022), Art. 10 del *XXV Convenio colectivo estatal de oficinas de farmacia* (BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2022).

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, el *Convenio Colectivo de industrias cárnicas* (BOE nº 170, de 16 de julio de 2022) cuyos Artículos 15 a 21 mantienen los grupos profesionales y categorías dentro de los mismos; o el *Convenio Colectivo de la empresa Elkarkide SL. de Noaí* (BO Navarra nº 201, de 26 de septiembre de 2023).

últimos años<sup>74</sup>, si bien, en los inmediatamente posteriores a la reforma de 2012, muchos convenios incluían Cuadros o tablas de equivalencia para la integración o asimilación de las antiguas categorías en los actuales grupos profesionales como puede verse, todavía, en el *Convenio colectivo de Eroski* (BOE de 12 de abril de 2022) para proceder a la adaptación de las antiguas categorías a los grupos profesionales. El proceso de adaptación convencional a los grupos profesionales ha provocado, además, un abanico de posibilidades en la realidad práctica, sobre todo en materia retributiva, dando lugar a que algunos convenios aborden la necesidad de preservar la retribución del trabajador mediante el mantenimiento del grupo profesional como condición “*ad personam*”<sup>75</sup>.

Por su parte, un reciente pronunciamiento judicial sobre la integración de nuevos grupos profesionales a otros ya existentes puede valorarse en la STSJ Andalucía 2 diciembre 2022 (AS 2022/522) sobre el *II Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado*, que resuelve lo siguiente ante el conflicto creado por la reorganización convencional de grupos y las posibles diferencias retributivas que pueden surgir entre dos convenios que se suceden: “a) el *II CUAGE* ha reducido de ocho a cinco los Grupos profesionales, para lo que ha procedido a la integración de cada uno de los anteriores en los nuevos, estableciendo expresamente, entre otras, la equivalencia entre los Grupos profesionales III y IV del *I Convenio Único con el Grupo profesional III del II Convenio Único* (disposición adicional primera); b ) a tal efecto, contiene una *Disposición Adicional segunda del mismo tenor literal de la que reproduce en el III CUAGE*, que hemos transcrito anteriormente; c) por este motivo, en las sentencias antes citadas hemos concluido que “la norma adicional 2ª del *II Convenio* es aplicable exclusivamente a quienes en el *I CUAGE* estaban encuadrados formalmente en su ahora extinto Grupo profesional III desempeñando los puestos correspondientes a tal Grupo, pero sin crear derechos a favor de quienes perteneciendo a otros Grupos profesionales del anterior Convenio pudieran haber desempeñado en determinados periodos temporales funciones correspondientes a una categoría superior a la que les correspondía en aquel momento. Por lo que, además, la posible desigualdad derivada de la asignación de un complemento singular de puesto a los puestos ocupados del anterior grupo profesional III en su modalidad A2 para los puestos del anterior grupo III, cabe, en principio, calificarla como objetiva y razonable”; d) entre

---

<sup>74</sup> Señala el art. 7 del *Convenio colectivo del sector del comercio de flores y plantas* (BOE nº 211, de 3 de septiembre de 2021) que “las actuales categorías profesionales se ajustarán a las Áreas Funcionales y Grupos Profesionales establecidos en el presente Convenio Colectivo”.

<sup>75</sup> Así, el *Convenio colectivo de la empresa Procter & Gable Mataró, SLV* (Planta de Mequinza, Zaragoza dispone en su Art. 20.2 que “Aquellas personas que ostenten un grupo superior al que les correspondería por las funciones que desempeñan, supuestos provenientes de situaciones históricas precedentes, mantendrán aquel grupo como condición “*ad personam*”.

*los razonamientos en que nos basamos entonces para alcanzar tal solución, y en lo que ahora interesa a los efectos del presente litigio, dijimos que : “ Para compensar proporcionalmente a quienes teniendo formalmente una cualificación profesional más elevada y por ello habían tenido asignados puestos de mayor responsabilidad por pertenecer al antiguo Grupo profesional III y, en consecuencia, tenían encomendado el desempeño de los concretos puestos de trabajo atribuidos a tal Grupo, la ahora cuestionada Disposición Adicional segunda del II CUAGE, con tal finalidad compensatoria confesada (“ Con la finalidad de adecuar la clasificación profesional y la integración en cinco grupos”), una vez producida la integración en el nuevo Grupo III de los integrantes del inferior y ahora extinto Grupo IV, determina la asignación de un denominado “ complemento singular de puesto ” específicamente para “ los puestos ocupados de los anteriores grupos profesionales 3, 5 y 7”, que han sufrido igualmente en el nuevo Convenio las consecuencias de la integración de Grupos inferiores (disposición adicional 1ª), y, en concreto, en cuanto ahora nos afecta, “ en la modalidad A2 para los puestos del anterior grupo III”; por lo que, en suma, condiciona la percepción del complemento singular del puesto a la anterior pertenencia a un determinado y específico grupo profesional [...]”.*

Por otro lado, la definición de los grupos profesionales deben ajustarse, tras el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres (art. 22.3 ET). La asunción de esta medida debe dar como resultado el derecho de todas las personas trabajadoras a cobrar lo mismo por trabajo de igual valor, entendiéndose que “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes” (art. 28.1 ET). La negociación colectiva, sin duda, tendrá que desempeñar un papel importante en el cumplimiento efectivo de estas normas, alzándose los actores sociales como el eslabón principal para conseguir tal objetivo, si bien, de momento sólo se observa, a lo sumo, la inclusión del género femenino en la identificación de funciones que se incluyen en los grupos<sup>76</sup>. Ello, no obstante, repercutirá en la movilidad funcional de las personas trabajadoras, recogiendo en algún convenio medidas que eviten la desigualdad entre mujeres

---

<sup>76</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de revisión salarial para 2022 del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE nº 22, de 26 de enero).

y hombres en sectores de actividad muy masculinizados. Ello se aprecia en el Art. 15 del *Convenio Colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana*, para los años 2018 – 2023 (DOCV 8607 de 6 de agosto de 2019) que establece un Plan de mejora de la calidad del servicio de ambulancias en el que las empresas “no podrán condicionar la movilidad funcional establecida en el párrafo anterior a cuestiones ideológicas, de sexo, de religión, por raza, filiación política o sindical; igualmente respetarán la igualdad de acceso a cualquier puesto de trabajo por parte del hombre y la mujer, sin discriminación alguna, así como de los trabajadores temporales o eventuales, que solo poseerán las limitaciones que, en razón de la modalidad contractual, se hayan establecido legalmente”.

## A.2. Otros niveles o áreas

La negociación colectiva no se limita, sin embargo, a la regulación habitual de los grupos y categorías profesionales, sino que los acompaña en ocasiones de otros niveles o áreas que detallan la prestación laboral a realizar, aportando mayor complejidad y flexibilidad a la clasificación profesional. Puede verse, por ejemplo, el *Convenio colectivo de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares de 2023* cuya clasificación profesional se estructura en áreas, grupos y niveles profesionales que detallan la prestación, adaptando las previsiones del art. 22 ET a un sistema de clasificación específico del sector gráfico (arts. 6.0 y 6.1). En todo caso, los convenios colectivos pueden establecer las divisiones funcionales que estimen convenientes o necesarias, dependiendo de su tamaño o actividad y en algunos casos, pueden variar su denominación y aumentar o reducir su número cuando se trata de convenios sectoriales<sup>77</sup>. Otros convenios, por su parte, utilizan elementos novedosos para determinar las funciones y tareas

---

<sup>77</sup> Así, el Art. 4 del *Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector de Metal* (BOE nº 10 de 12 de enero de 2022) dispone que “Dentro de cada empresa, de acuerdo con sus propios sistemas de organización, podrán establecerse las divisiones funcionales que se estimen convenientes o necesarias, dependiendo de su tamaño y actividad, pudiendo, por lo tanto, variar su denominación y aumentar o disminuir su número, así como fijar la polivalencia entre diferentes divisiones funcionales dentro de un mismo grupo profesional. Los criterios de definición de los grupos profesionales y divisiones funcionales se acomodarán a reglas comunes para todas las personas trabajadoras, garantizando la ausencia de discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres. La polivalencia se establecerá teniendo en cuenta las competencias necesarias para desarrollar las nuevas funciones, de tal suerte que, si las personas trabajadoras afectadas no poseen estas competencias, se establezca un período continuado de formación que asegure la asunción de las mismas, previo al proceso de asignación a las nuevas ocupaciones, o en paralelo al desarrollo de la nueva ocupación”.

del trabajador como, por ejemplo, el *Convenio colectivo de Iberdrola Grupo* (BOE de 2 de marzo de 2021) donde las funciones del trabajador las define la “ocupación”, sin perjuicio de utilizar categorías y grupos a otros efectos. Pero, debe tenerse en cuenta que las divisiones funcionales u orgánicas dentro del grupo profesional no suponen un obstáculo a la movilidad funcional<sup>78</sup>.

### A.3. Otros instrumentos de flexibilidad

La complejidad de la clasificación profesional y la necesidad de adaptación rápida a la situación que atraviesan las empresas ha llevado a algunos convenios colectivos a establecer comisiones técnicas bipartitas para complementar el sistema de clasificación profesional y hacer un seguimiento de la clasificación de todo el personal en los distintos grupos y funciones. Ello se aprecia, a título de ejemplo, en el art. 14 del *Convenio Colectivo de NCE, España* (BOE nº 17, de 20 de enero de 2023) que dispone que “Con objeto de complementar el acuerdo sobre el nuevo sistema de Clasificación Profesional por Grupos, artículo 15 del Convenio, se crea la Comisión Técnica de Seguimiento cuya composición y funciones son: 1. La Comisión Técnica estará formada por cuatro personas, correspondiendo dos a la Empresa y dos a la RLT. 2. Se reunirá periódicamente, al menos una vez al año, para hacer el seguimiento de la clasificación de todo el personal en los distintos grupos y funciones. Todos los gastos derivados del ejercicio de estas funciones, viajes, dietas, tiempo de reunión, desplazamientos, etc., serán por cuenta de la Empresa. 3. Conocerá todos los puestos de trabajo de nueva creación y las vacantes cuya cobertura fuese necesaria, en los términos establecidos en el artículo 19.1 del Convenio. 4. Realizará el seguimiento de la promoción interna según se recoge en el artículo 19 de este Convenio. 5. Conocerá la designación de las personas candidatas y las reclamaciones de disconformidad sobre la decisión adoptada, si las hubiere”. Este instrumento resulta de interés en la medida que, a mi juicio, puede evitar conflictos en la materia y aportar flexibilidad en las empresas.

Excepcionalmente, dicha complejidad lleva a algunos convenios colectivos a someter expresamente la medida empresarial de cambio de funciones a los servicios de mediación, arbitraje y conciliación, buscando soluciones no autónomas para resolver los problemas con la clasificación profesional. Un ejemplo

---

<sup>78</sup> Véase el Art. 16.2 del *Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización* (BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022) que dispone que “Dentro de cada grupo profesional podrán establecerse divisiones funcionales u orgánicas sin que ello suponga un obstáculo a la movilidad funcional. No obstante, cuando en el contrato de trabajo se le asigne a un trabajador un determinado grupo profesional, se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas”.

puede verse, en materia de clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de inferior o superior grupo profesional en el Art. 15 *Convenio colectivo de la Hostelería de Málaga* (BOP nº 162 de 23 de agosto) o en el Art. 19 del *VI Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería* (BOE nº 59 de 10 de marzo de 2023) que dispone que “En caso de desacuerdo, las partes podrán solicitar la intervención de la comisión paritaria del presente Acuerdo o, en su caso, de los servicios de mediación y arbitraje o de otras instancias legalmente establecidas, que resulten competentes por razón del territorio en el que se suscite la controversia”.

### B. La polivalencia funcional

La polivalencia implica la realización de tareas o funciones correspondientes a más de un grupo profesional, sin que entren en juego las limitaciones que establece el art. 39 ET para la movilidad funcional extraordinaria o fuera del grupo profesional ni se trate de una actuación *contra legem*<sup>79</sup>. La polivalencia puede pactarse *ab initio* o en un momento posterior. El pacto de polivalencia requiere no sólo la comunicación escrita a la persona trabajadora del grupo profesional al que se equipara -el que desempeña durante más tiempo<sup>80</sup>- sino, también, la determinación de las funciones que son objeto de polivalencia.

Esta polivalencia puede pactarse por acuerdo entre el trabajador y el empresario, sin que la negociación colectiva intervenga en esta materia. Recuérdese que el apartado 4 del art. 22 del ET dispone que: “Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”. La previsión legal no da paso a que la negociación colectiva realice muchas aportaciones en la materia -tampoco lo prohíbe-, estableciendo como única limitación que las funciones que mayoritariamente se realicen por el trabajador sean las que determinen el encuadramiento de éste. Este criterio de prevalencia de funciones es el que marca la norma estatutaria, sin perjuicio de que la negociación

---

<sup>79</sup> Señala la STS de 17 de diciembre de 2014 (rec. nº 24/2014) “que se opte por la polivalencia no significa una actuación *contra legem* pues el propio artículo 22.4 ET dispone que ‘Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas’. En el mismo sentido puede verse la STSJ Cataluña 7087/2014, de 24 de octubre (rec. nº 3971/2014).

<sup>80</sup> Véase la STSJ Madrid 258/2019, de 1 de marzo (rec. nº 812/2018).

colectiva pueda inclinar la balanza a favor de otros criterios, como el cualitativo o preeminente, más favorecedores de los intereses de los trabajadores. Supone ello que el encuadramiento múltiple -en distintos grupos profesionales- puede atribuir al trabajador el derecho al percibo del nivel retributivo del grupo profesional superior, sin perjuicio de que la negociación colectiva someta ello a condicionantes adicionales como, por ejemplo, el desempeño de tales funciones durante un tiempo determinado<sup>81</sup>.

Los mayoría de los convenios colectivos analizados no realizan, sin embargo, mención alguna de la polivalencia funcional o, en su caso, transcriben la prescripción legal como puede observarse, por ejemplo, en el Art. 17 del *III Convenio colectivo de Evolutio Cloud Enabler, SAU* (BOE nº 5, de 6 de enero de 2023) al señalar que “Cuando se prevea desempeñar de forma habitual y suficiente varias funciones dentro del mismo Grupo o bien funciones propias de más de un Grupo Profesional, la clasificación se realizará en virtud del Grupo Profesional más alto en responsabilidad que se prevea desarrollar”. Cuando la polivalencia no permite medir el trabajo realizado por el trabajador se establecen algunas indicaciones convencionales como, por ejemplo, la recogida en el Art. 21 del *Convenio colectivo de la industria del calzado* (BOE nº 85 de 10 de abril de 2023) que establece que “En el caso de que una persona cualificada realice normalmente varios cometidos propios de distintos niveles profesionales, y no pueda medirse su trabajo, se le aplicará el máximo nivel; y en caso de remuneración por incentivos, el correspondiente al puesto de trabajo de mayor incentivo en la sección”. Excepcionalmente, algún convenio colectivo habla de «policompetencia»<sup>82</sup> como criterio a tener en cuenta en la estructura organizativa de la empresa -junto a otros como la flexibilidad, la participación, la responsabilidad o la movilidad-, pero sin abordar su definición o contenido ni establecer una regulación mejorada de la ley. Y, en la misma línea, algunos convenios prevén genéricamente la necesidad de alcanzar distintas competencias para permitir la

---

<sup>81</sup> Véase el Art. 12.4 del *Convenio Colectivo Repsol Química, SA* (BOE nº 40 de 16 de febrero de 2023) que dispone que “En el caso de que un trabajador haya estado encuadrado en distintos grupos profesionales, la garantía profesional será la del nivel retributivo básico del grupo profesional de mayor nivel básico, siempre que haya sido desempeñado por el trabajador durante un período mínimo de dos años, consecutivos o alternos”. Respecto al plus de polivalencia funcional puede verse la STS de 13 de octubre de 2004 (rec. nº. 5555/2003) o la STSJ Galicia 1290/2016, de 8 de marzo (rec. nº. 915/2015).

<sup>82</sup> Véase el *Convenio colectivo de la empresa Hyperion Materials & Technologies Spain, SL, BOPB de 8 de febrero de 2023*.

polivalencia<sup>83</sup> o introducen cláusulas genéricas de “pluralidad de funciones” para favorecer el desarrollo de la actividad de la empresa a través de la “movilidad entre niveles y grupos y la polivalencia funcional”<sup>84</sup>. La polivalencia, por tanto, sólo puede pactarse cuando la persona trabajadora posee las competencias para el desarrollo de las funciones, sin perjuicio de que pueda establecerse un periodo de formación para adquirirlas<sup>85</sup>. En todo caso, la polivalencia afecta a la correcta clasificación profesional del trabajador<sup>86</sup> que permitirá, en su caso, identificar los puestos de movilidad funcional.

#### **C.4.5. La movilidad funcional en la negociación colectiva: escasa flexibilidad interna e inexistencia de flexibilidad negociada**

La movilidad funcional tiene un escaso desarrollo en la negociación colectiva, sobre todo, en la de ámbito de empresa o inferior<sup>87</sup>, sin perjuicio de la exis-

---

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 14 CC empresa *Manufacturas y Accesorios Eléctricos, SA* (BOCM nº 298, de 7 de diciembre de 2020): Departamento de mantenimiento: con independencia de la especialización de cada trabajador, se deberán dominar las competencias eléctrica y mecánica que permitan la polivalencia. Se señala para los departamentos de matricería y mantenimiento que se programarán los cursos necesarios que posibiliten el dominio de estas capacidades. La falta de capacidad y polivalencia coyunturales y eventuales se cubrirá mediante subcontratación, respetando los puestos de trabajo actuales.

<sup>84</sup> Art. 10 del *Convenio Colectivo de General Óptica, SA* (BOE nº 45 de 22 de febrero de 2023).

<sup>85</sup> El Art. 35.4 del *IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del Metal* (BOE nº 10, de 12 de enero de 2022) señala que “La polivalencia se establecerá teniendo en cuenta las competencias necesarias para desarrollar las nuevas funciones, de tal suerte que, si las personas trabajadoras afectadas no poseen estas competencias, se establezca un periodo continuado de formación que asegure la asunción de las mismas, previo al proceso de asignación a las nuevas ocupaciones, o en paralelo al desarrollo de la nueva ocupación”.

<sup>86</sup> El Art. 16 del *Convenio Colectivo de estaciones de servicio* (BOE nº 59, de 10 de marzo de 2023) dispone que “En caso de concurrencia con carácter indefinido en un puesto de trabajo de tareas básicas correspondientes a diferentes grupos profesionales, la clasificación se realizará en virtud de las funciones a las que, dentro del conjunto de su actividad, se dedique mayor tiempo”.

<sup>87</sup> Se limitan, en su caso, a transcribir los preceptos legales. Véase, entre otros, el Art. 13 del *Convenio colectivo de la empresa Eurogrúas Valeriano, SLU* (BORM nº 144, de 24 de junio de 2020); el *Convenio colectivo de la empresa Gureak Garbitasuna, S.L.U* (BOG nº 157, de 20 de agosto de 2019); el Art. 19 del *Convenio colectivo de Equipos Nucleares, SA, S.M.E.* (BOE nº 188, de 7 de agosto de 2019); el Art. 16 del *Convenio Colectivo para la empresa UTE IV Tunstall Televida-GSR-Grupo Igualmequisa* (BOPV nº 63 de 5 de marzo de 2019); el Art. 8 del *Convenio Colectivo de la empresa Celulosa de Asturias, S.A.* (BOPA nº 23 de 4 de febrero de 2019) o el Art. 9 del *III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA* (BOE nº 25 de 29 de enero de 2021); Art. 27 del *Convenio colectivo para la empresa Fundiciones Inyectadas Alavasas, SA -FIASA-* (BOA nº 147 de 30 de diciembre de 2016); Art. 19 del *Convenio colectivo de Orange Espagne* (BOE nº 251 de 18 de octubre de 2019); Art. 5 III *Convenio colectivo de la empresa Heimbach Ibérica, SA* (BOB nº 99, de 19 de octubre de 2021).

tencia de alguna regulación detalladas en dicho ámbito como ocurre, por ejemplo, con el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal* (BOE nº 42 de 18 de febrero de 2019)<sup>88</sup> o la específica remisión a lo regulado sobre movilidad en convenios colectivos de ámbitos más amplios<sup>89</sup>. Prima la transcripción del Art. 39 ET en los casos en que contemplan este instrumento<sup>90</sup>. Son, por tanto, los convenios sectoriales los que, de manera moderada, abordan la movilidad funcional, encaminados principalmente a regular las consecuencias de la movilidad descendente para el trabajador afectado. Con carácter general puede señalarse que la negociación colectiva no limita ni moldea la libertad de la empresa de cambiar unilateralmente las funciones entre grupos profesionales<sup>91</sup> ni establece cortapisas procedimentales o temporales de interés para el cambio de funciones más allá del grupo profesional. Según datos del Ministerio de Trabajo los trabajadores que han sufrido cambios de funciones, tanto dentro del mismo grupo profesional -horizontal- como fuera de él -vertical- han sido poco significativos y, además, se han reducido en los últimos años (señalan que ha afectado a 2,5% en 2013 y a 1,4% en 2021)<sup>92</sup>.

Puede afirmarse, sin duda, que en la mayoría de convenios colectivos consultados son inexistentes las previsiones de medidas de flexibilidad o adaptación

---

<sup>88</sup> Véase el Art. 8 del *Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal* (BOE nº 42 de 18 de febrero de 2019) que establece que “La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del personal y sin perjuicio de su formación y promoción profesional. En el ejercicio de la movilidad funcional la Dirección de la empresa podrá asignar al personal perteneciente a un grupo profesional la realización de aquellas tareas correspondientes a un grupo inferior al que se pertenezca, siempre que las mismas estuviesen también incluidas entre las normales o sean complementarias de su grupo profesional. Si el cambio es por voluntad del trabajador/a o acuerdo con la empresa, se le asignará la retribución y el grupo profesional correspondiente a su nueva situación laboral. Cuando medie acuerdo entre empresa y trabajador/a, la adecuación del salario se llevará a cabo aplicando el principio de salvaguarda”.

<sup>89</sup> Véase el *Convenio colectivo de Beer&Food* (BOE nº 76 de 25 de junio de 2020) cuyo Art. 13 señala que “Para la movilidad funcional será de aplicación el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería (BOE de 21 de mayo de 2015), así como las resoluciones de la Comisión Paritaria del citado acuerdo”.

<sup>90</sup> Véase, entre otros, el Art. 20 del *XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad* (BOE nº 59 de 10 de marzo de 2023).

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 9 del *IX Convenio Colectivo Repsol Química, SA* (BOE nº 40 de 16 de febrero de 2023) que señala que “Cada trabajador deberá desempeñar básicamente las funciones propias de su área de trabajo. No obstante, si dichas funciones no ocupasen plenamente su jornada laboral, los trabajadores realizarán los trabajos que se les asignen, siempre de acuerdo a su formación, experiencia y grupo profesional”.

<sup>92</sup> [https://www.mites.gob.es/estadisticas/eal/EAL2021/Resumen\\_EAL\\_2021.pdf](https://www.mites.gob.es/estadisticas/eal/EAL2021/Resumen_EAL_2021.pdf)

en caso de movilidad funcional<sup>93</sup> y mucho menos la regulación de medidas de flexibilidad negociada con los representantes de los trabajadores para paliar o minorar los efectos de una decisión empresarial encaminada en tal sentido. Así, la mayoría de los convenios colectivos consultados no hacen una regulación propia o adaptada de esta institución, limitándose, en su caso, a reiterar lo dispuesto en el art. 39 ET<sup>94</sup> o a establecer tímidamente, en su caso, límites y garantías adicionales de escaso alcance a lo dispuesto en la regulación legal como, por ejemplo, la realización de formación previa o adaptación del trabajador a las nuevas funciones, o bien añadir algún requisito adicional para efectuar la

---

<sup>93</sup> A título de ejemplo, véase el *Convenio colectivo del sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia sanitaria, consultas y laboratorios de análisis clínicos de la Comunidad de Madrid* (BOCM nº 279, de 23 de noviembre de 2023); el *Convenio colectivo de la empresa Teka Industrial, SA para el periodo 2019-2021*, BOCM nº 17, de 20 de enero de 2024); el *Convenio colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna* (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2022) o el *XXV Convenio colectivo estatal de oficinas de farmacia* (BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2022). En el ámbito de empresa véase, por ejemplo, el *Convenio colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, SA* (BOB nº 105, de 1 de junio de 2023) o el *Convenio colectivo de la empresa Amurrio Ferrocarril y Equipos SA* (BOTH A nº 14, de 3 de febrero de 2023).

<sup>94</sup> Puede verse, por ejemplo, el Art. 23 del *Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023) que dispone que “La Empresa, por necesidades organizativas o productivas, podrá destinar a las personas trabajadoras a realizar tareas de distinta naturaleza a la de su actividad profesional, teniendo como límite lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los trabajadores”; o el Art. 31 del *VII Convenio Colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados* (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2019 que establece “Podrá llevarse a cabo una movilidad funcional en el seno de la empresa, ejerciendo como límite para la misma, lo dispuesto en los artículos 22 y 39 del estatuto de los trabajadores”. Puede comprobarse también en el *Convenio Colectivo Agrícola de la provincia de Huesca* (BOPH nº 202, de 21 de octubre de 2020) o el *Conveni collectiu de treball del sector de transport de mercaderies per carretera i logística de la província de Barcelona per als anys 2011-2023* (BOPBde 31 de marzo de 2020). Insiste en la misma idea el Art. 19 del *Convenio Colectivo Orange España Comunicaciones Fijas, SLU* (BOE nº 251 de 18 de octubre de 2019) que dispone que “La movilidad funcional ordinaria no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, la pertenencia al grupo profesional y la idoneidad del trabajador para el desarrollo de nuevas funciones previa realización, si ello es necesario, de procesos de formación o adaptación. 2. En caso de realización temporal de funciones de grupo profesional superior el trabajador/a tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución mínima fijada para este último. En caso de desarrollo temporal de funciones de grupo profesional inferior, el trabajador/a mantendrá el derecho a su retribución de origen. 3. En los restantes supuestos de movilidad se estará a lo dispuesto en la legislación vigente”.

movilidad<sup>95</sup> -v. gr. la exigencia, derivada de regulaciones legales anteriores, de no vulnerar la formación y promoción del trabajador<sup>96</sup>-. Del análisis de los convenios colectivos consultados se deduce que la negociación colectiva de ámbito empresarial no aborda habitualmente esta materia, siendo también escasamente tratado en la negociación colectiva sectorial.

#### *A. Reiteración convencional de los límites legales*

La exigencia legal de respetar las titulaciones académicas o profesionales, límite general para cualquier tipo de movilidad funcional, se reitera en todos los convenios colectivos que regulan la movilidad funcional. La formulación típica es señalar que la movilidad funcional se llevará a efecto respetando la titulación académica o profesional de los trabajadores. En algún supuesto, la movilidad se vincula a la aptitud para el desempeño, que se recoge en algunos convenios colectivos como límite a la facultad empresarial.

Junto al límite general del respeto a las titulaciones académicas o profesionales también se encuentran convenios que abordan el segundo límite legal al

---

<sup>95</sup> Véase el Art. 19. *Convenio Colectivo de la empresa Vía Augusta, SA* (BOPZ nº 127, 6 de junio): “Movilidad funcional. Sin perjuicio de sus derechos económicos y profesionales derivados de las mejoras preexistentes a este convenio colectivo, y con acomodamiento a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, estos están sujetos a la movilidad funcional en el seno de la empresa, sin otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. Podrá igualmente efectuarse la movilidad funcional entre categorías profesionales que, por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores, *hayan sido declaradas equivalentes por la Comisión Paritaria de este convenio colectivo*. En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Contra la negativa de la empresa, y previo informe de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción de lo social. Si por necesidades perentorias o imprevisibles que lo justifiquen se le encomendasen, por el tiempo indispensable, funciones inferiores a las que corresponden a su categoría profesional, el trabajador tendrá derecho a continuar percibiendo su retribución de origen”.

<sup>96</sup> Por ejemplo, Art. 20 del *Convenio Colectivo Repsol Química, SA* (BOE nº 40, de 16 de febrero de 2023) que establece “La movilidad funcional se efectuará dentro de cada grupo profesional sin más limitaciones que la pertenencia al mismo y las derivadas de las titulaciones exigidas para la prestación laboral, sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción”.

cambio de funciones: el respeto a la dignidad<sup>97</sup>. Este límite, sin embargo, resulta de difícil aprehensión ya que, en tanto concepto jurídico indeterminado, no parece muy efectivo en cuanto límite, reconduciéndose por algún autor a la prohibición general de vulnerar los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador<sup>98</sup>. La dignidad de la persona implica, por tanto, no sólo el respeto a los derechos laborales básicos reconocidos en la normativa laboral sino, también, a los derechos fundamentales inespecíficos de los que el trabajador disfruta como ciudadano (v. gr: el derecho al honor o a la intimidad). La conducta empresarial degradante o humillante atenta, sin duda, contra la dignidad de la persona trabajadora según la jurisprudencia mayoritaria, por lo que la atribución de funciones distintas que genere ese resultado debe considerarse un límite a la decisión empresarial<sup>99</sup>. No obstante, los convenios colectivos consultados no introducen elementos que valoren la vulneración de ese requisito, sino que, en su caso, lo vinculan al posible perjuicio de la formación o promoción profesional y los incorporan en cláusulas del siguiente tenor: “La movilidad se efectuará sin menoscabo de la dignidad de la trabajadora o el trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional [...]”. En definitiva, la dignidad no se alza como un límite decisivo ni de interés frente a la decisión empresarial, sobre todo porque la prueba de la vulneración supone una tarea complicada para los trabajadores.

Por otro lado, pueden encontrarse convenios colectivos que, por inercia, aún mantienen el requisito de la perentoriedad e imprevisibilidad para llevar a cabo una movilidad funcional descendente<sup>100</sup>. El mantenimiento de esta limitación, superada legalmente en la reforma de 2012, o la inclusión de la fuerza mayor como causa de la movilidad funcional se convierte así en un límite convencional efectivo sobre la decisión unilateral del empleador de cambio de funciones.

---

<sup>97</sup> En el marco judicial la dignidad se vincula al control del acoso o a la garantía de indemnidad. Al respecto, véase la STS de 25 de febrero de 2015 (rec. n.º 3330/2013) y la STSJ Canarias 1442/2019, de 30 de diciembre (rec. n.º 590/2019).

<sup>98</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, *Relaciones Laborales* n.º 2, 2010, pág. 376.

<sup>99</sup> Véase, por ejemplo, la STSJ de Navarra 157/2010, de 31 de mayo (rec. n.º 143/2010) o la STSJ de Castilla-La Mancha 766/2014, de 25 de junio.

<sup>100</sup> El Artículo 23 del *Convenio Colectivo de la empresa Termaeuropa, S.A.*, Balneario de Arnedillo (BOR n.º 23 de 2 de febrero de 2023) dispone: “Trabajos de inferior grupo. Sólo podrán realizarse por necesidades perentorias o imprevisibles o en caso de fuerza mayor, y el trabajador afectado continuará percibiendo la totalidad de las retribuciones que le correspondan por su grupo”. También Art. 18 del *Convenio colectivo de Cor Outsourcing, SL*. (BOE n.º 193 de 15 de julio de 2020).

*B. Límites adicionales convencionales: idoneidad profesional, formación/ adaptación del trabajador o participación de los representantes de los trabajadores*

Como se ha dicho, de la mayoría de convenios colectivos consultados se deduce que las previsiones que recogen los mismos sobre movilidad funcional reiteran en su articulado los límites que marca el legislador para el cambio de funciones (dentro o fuera del mismo grupo profesional). Son muy pocos los convenios colectivos que introducen alguna variación en la materia o establecen requisitos adicionales a los que marca la ley<sup>101</sup>, no imponiendo límites efectivos a la decisión empresarial mediante la negociación colectiva. Así, no se exige con carácter general, por ejemplo, la motivación de la causa empresarial alegada, y/o la comunicación a los representantes de los trabajadores en todo caso de movilidad<sup>102</sup>, la imposición de que dicha comunicación se produzca

---

<sup>101</sup> Véase el *VI Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de la Hostelería* que para la movilidad funcional extraordinaria exige la concurrencia no sólo de causa técnica u organizativa, sino también, económica o de producción.

<sup>102</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 10 del *Convenio Colectivo de Trabajo para el Comercio en General de la provincia de Jaén* (BOPJ nº 150 de 3 de agosto de 2022) que dispone que *dado que las empresas de este sector suelen ser pequeñas, y con el objeto de obtener una mejor organización del trabajo, se establece que el empresario, en empresas de hasta 5 trabajadores, tiene facultad para encomendar al trabajador de forma provisional y cuando las circunstancias del trabajo así lo determinen, cometidos de otras categorías siempre y cuando estén encuadradas en el mismo grupo profesional y excepcionalmente de otro grupo. En este último caso por el tiempo necesario e imprescindible. En ambos casos se dará cuenta a la representación legal de los trabajadores, con anterioridad a la adopción de la medida, acreditándolo de forma suficiente y donde no exista representación legal de los trabajadores se dará cuenta a la persona afectada.* En el caso de que las funciones atribuidas correspondan a categorías superiores, se abonarán las diferencias salariales existentes entre ambas categorías por el tiempo en que se hayan ejercido estas funciones. En caso de que las funciones atribuidas correspondan a categorías inferiores se respetará totalmente el salario correspondiente a la categoría superior, y tan solo podrá llevarse a cabo por el tiempo indispensable”. Véase también el Art. 27 del *Convenio colectivo de la empresa Geminis Lathes, S.A.* que prevé: “Movilidad funcional- Cambios de categoría. “Todos los cambios de categoría se realizarán previa información y consulta entre la Dirección y la representación de los trabajadores durante el último trimestre del año, pudiendo cualquiera de las partes someter a consideración aquellos cambios que considere oportunos”

con una antelación mínima<sup>103</sup> o la limitación temporal para la movilidad ordinaria<sup>104</sup>; tampoco suelen establecerse preferencias para el cambio funcional en los grupos anteriores o posteriores afectados, es decir, a los más cercanos<sup>105</sup>, ni la prohibición de utilizar la movilidad como sanción disciplinaria<sup>106</sup> o que la

---

<sup>103</sup> Véase el Art. 25 del *Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales para la provincia de Segovia 2022-2026* que señala que “Solo podrán imponerse entre categorías del mismo nivel o equivalente, previa comunicación a la representación legal con un periodo previo de 5 días”; el Art. 6 del *Convenio colectivo de la empresa Fundiciones del Estanda, S.A* (BOPG nº 213 de 8 de noviembre de 2020) establece que : “[...] La Empresa comunicará al interesado y al Comité de Empresa, con antelación, los cambios de puesto de trabajo que, a su juicio, se vea obligada a realizar y con 24 horas de antelación si el cambio es superior a 1 semana [...]”. Véase, también, el Art. 10 del *Convenio Colectivo de Trabajo para el Comercio en General de la provincia de Jaén* (BOP nº 150, de 3 de agosto de 2022) que establece que “Dado que las empresas de este sector suelen ser pequeñas, y con el objeto de obtener una mejor organización del trabajo, se establece que el empresario, en empresas de hasta 5 trabajadores, tiene facultad para encomendar al trabajador de forma provisional y cuando las circunstancias del trabajo así lo determinen, cometidos de otras categorías siempre y cuando estén encuadradas en el mismo grupo profesional y excepcionalmente de otro grupo. En este último caso por el tiempo necesario e imprescindible. *En ambos casos se dará cuenta a la representación legal de los trabajadores, con anterioridad a la adopción de la medida, acreditándolo de forma suficiente y donde no exista representación legal de los trabajadores se dará cuenta a la persona afectada.* En el caso de que las funciones atribuidas correspondan a categorías superiores, se abonarán las diferencias salariales existentes entre ambas categorías por el tiempo en que se hayan ejercido estas funciones. En caso de que las funciones atribuidas correspondan a categorías inferiores se respetará totalmente el salario correspondiente a la categoría superior, y tan solo podrá llevarse a cabo por el tiempo indispensable”.

<sup>104</sup> Sí lo hace el Art. 13 del *V Convenio Colectivo de las residencias para mayores 'LA LLANADA I' y 'LA LLANADA II' del Ayuntamiento de Aldeadávila de la Ribera* (BOP Salamanca de 23 de noviembre de 2022): “La movilidad funcional, con carácter general tendrá una duración máxima de un año, ampliable mediante acuerdo con la representación de los trabajadores. En todo caso, los puestos cubiertos en movilidad funcional serán ofrecidos de forma inmediata para su provisión por los sistemas ordinarios establecidos”.

<sup>105</sup> El Art. 13 *Convenio Colectivo Ge Grid Solutions S.A* (BOCM nº 159 de 6 de julio de 2019) establece: “Movilidad funcional: El trabajador está asignado a una tarea u ocupación propia de su Profesión y Grupo Profesional. No obstante, si no fuera posible asignarle una de su profesión, la Dirección de la Empresa podrá ocuparle en otra tarea cualquiera, siempre que: - Sea de su propio Grupo Profesional. - Sus conocimientos profesionales lo permitan”

<sup>106</sup> Sí lo contempla, por ejemplo, el Art. 19 del *Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid* (BOCM nº 228 de 24 de septiembre de 2022) o el Art. 15 del *Convenio Colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana*, para los años 2018 – 2023 (DOCV 8607 de 6 de agosto de 2019).

persona afectada por la movilidad tenga la aptitud profesional necesaria para el desarrollo del puesto de trabajo<sup>107</sup>.

Algún convenio colectivo somete cualquier tipo de movilidad al criterio de la “idoneidad profesional” del trabajador para desempeñar las nuevas funciones. Ello puede verse, por ejemplo, en el Art. 26 del *Convenio Colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023) que dispone que “Los límites para la movilidad funcional quedan conformados por la idoneidad profesional. Se entiende que existe idoneidad profesional cuando la capacidad para la nueva tarea se desprenda de la antes realizada, o cuando la persona trabajadora tenga el nivel de formación y experiencia requeridos [...]”<sup>108</sup>. Este elemento suele acompañarse de la necesidad de formar a los trabajadores en el desempeño de las nuevas funciones, dando entrada a modulaciones, más que límites, al poder de dirección empresarial<sup>109</sup>. En todo caso, la inclusión de este requisito varía poco de unos convenios a otros. Ello puede comprobarse, por ejemplo, en el Art. 28 del III *Convenio Colectivo de la empresa Evolutio Cloud Enable, SAU* (BOE nº 5, de 6 de enero de 2023) que dispone que “La movilidad funcional en el seno de la Empresa se realizará de conformidad con el régimen jurídico, garantías y requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, sin otras limitaciones que las exigidas por las aptitudes profesionales, funciones, especialidades profesionales, responsabilidades, conocimientos, complejidad, autonomía, dificultad y competencias precisas para ejercer la prestación laboral, la pertenencia al Grupo Profesional y la idoneidad del trabajador/a para el desarrollo de las nuevas funciones, previa realización,

---

<sup>107</sup> En este sentido puede verse el Art. 19 del *Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificaciones y locales de la Comunidad de Madrid* (BOCM nº 228, de 24 de septiembre de 2022) que señala que “Cuando sea necesario introducir alguno de los cambios regulados en el apartado anterior, solo podrán quedar afectados por los mismos los trabajadores cuyo grupo profesional sea acorde con las funciones a desempeñar en el nuevo puesto. La designación del trabajador concreto deberá respetar, por este orden, los criterios de antigüedad y proximidad del domicilio del trabajador al nuevo centro de trabajo, de tal forma que a igualdad de grupo profesional deberá ser cambiado el trabajador más moderno, y a igual antigüedad el que resida más cerca del nuevo centro de trabajo”. También, Art. 18 del *Convenio colectivo de Cruz Roja Española en Soria* (BOPS nº 81 de 17 de julio de 2019).

<sup>108</sup> El Art. 18 del *Convenio colectivo de Estaciones de Servicios* (BOE nº 59 de 10 de marzo de 2023) introduce el requisito de la idoneidad o aptitud profesional como límite a la movilidad funcional, entendiendo que “existe idoneidad profesional cuando la capacidad para la nueva tarea se desprenda de la antes realizada, o cuando la persona trabajadora tenga el nivel de formación y experiencia requeridos. En caso de no concurrir estas circunstancias, la Empresa deberá dotar a la persona trabajadora de la formación para el nuevo puesto, exigida en sus correspondientes definiciones de grupo y actividad profesional” descritas en el propio convenio.

<sup>109</sup> El mismo Art. 26 del *Convenio Colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023) dispone que “En caso de no concurrir estas circunstancias, la Empresa deberá dotar a la persona trabajadora de la formación para el nuevo puesto, exigida en sus correspondientes definiciones de grupo y actividad profesional [...]”.

si ello fuera necesario, de los correspondientes procesos de formación y adaptación”. En parecidos términos puede verse el Art 15 del *Convenio colectivo de la oficina autonómica de Cruz Roja Española en Andalucía* (BOPS nº 234, de 9 de octubre de 2023) que señala que “La Dirección de la Empresa podrá acordar en el ámbito de este Convenio la movilidad funcional entre puestos de trabajo dentro del grupo profesional al que pertenezca la persona trabajadora, con las únicas limitaciones de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y de las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, que podrán completarse, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos básicos de formación y adaptación”.

Excepcionalmente, pueden localizarse algunos convenios colectivos que establecen límites más efectivos a la libertad empresarial de cambiar funciones entre grupos profesionales. Así, puede verse el Art. 20 del *Convenio Colectivo de Repsol Químicas, SA* (BOE nº 40, de 16 de febrero de 2023) que señala que la empresa “vendrá obligada a convocar previamente a los Representantes legales de los trabajadores respecto de los cambios que necesite efectuar, así como su duración”, a la vez que limita la posibilidad de recurrir a la movilidad funcional una vez convocada la cobertura de la vacante. En la misma línea, se prevé algún supuesto de prohibición de movilidad funcional entre grupos<sup>110</sup> -o áreas de personal<sup>111</sup>-, reconduciendo dicho cambio de funciones al art. 41 ET. Por otro lado, en algún convenio colectivo (v. gr. *Convenio colectivo de Restauración Colectiva* -BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2022-) se prevé la obligación empresarial de informar a los representantes de los trabajadores, si los hubiera, acerca de

---

<sup>110</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 8 del *Convenio Colectivo del sector de Exhibición Cinematográfica para la provincia de Barcelona* (BOPB de 8 de enero de 2024) que señala que “Las empresas no podrán promover cambios en sus actividades profesionales cuando se trate de titulados académicos o profesiones específicas para el ejercicio de su prestación laboral o que rebase el ámbito del grupo profesional al cual pertenezca el trabajador, según el ET”.

<sup>111</sup> Véase el art. 11 del *Convenio Colectivo del sector de Comercio de flores y plantas* (BOE nº 211, de 3 de septiembre de 2021) que señala que “De acuerdo con lo determinado por el artículo 39 del ET, la movilidad funcional estará determinada a la pertenencia al mismo grupo profesional y área funcional que corresponda. En ningún caso se realizará movilidad entre diferentes áreas. Asimismo, de existir razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen en los términos previstos en el último párrafo del artículo 41 del ET y durante el tiempo necesario para su atención sin que pueda superar en ningún caso seis meses en un año u ocho meses en dos años, se podrá realizar funciones distintas a las correspondientes al grupo profesional. En todos los supuestos de movilidad funcional deberá garantizarse la información, idoneidad y formación sobre las nuevas funciones y el respeto a la dignidad personal y el desarrollo profesional. Se garantizará, en todo caso, la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de funciones inferiores, en los que se mantendrán las retribuciones de origen. Por las especiales peculiaridades de las empresas del sector, aquellos centros de trabajo que por su tamaño tengan menos de 10 trabajadores, todo el personal de categorías precedentes, cuando sea requerido, colaborará en función de carga y descarga del género o material que se reciba o expida, o cualquier otra labor de categoría inferior”.

las decisiones adoptadas por la dirección de la empresa en cualquier supuesto de movilidad funcional, así como de la justificación y causas de las mismas, estableciendo la obligatoriedad de trasladar esa información<sup>112</sup>. Esta previsión es un avance en la colaboración entre representantes de los trabajadores y empresarios en la empresa y no distingue entre la movilidad funcional ordinaria (dentro del mismo grupo profesional que, como se ha dicho, es libre para la empresa) o la extraordinaria (fuera del grupo profesional que impone la justificación de causa -técnica u organizativa- y temporalidad de la medida), si bien no es una práctica extendida en la negociación colectiva.

### *C. La regulación convencional sobre duración del cambio de funciones y su retribución*

La movilidad funcional fuera del grupo profesional se detalla en algunos convenios colectivos, estableciendo, en su caso, alguna causa adicional justificativa del cambio funcional o limitación retributiva en función de la cantidad de tiempo que se dedica al cambio funcional. Así, el Art 21 del *Convenio colectivo de la empresa Procter & Gable Mataró, SLU* (BOPZ nº 239, de 17 de agosto de 2018), titulado “Trabajos de diferente grupo profesional” prevé que “La dirección, cuando así lo aconsejen razones organizativas, técnicas y/o productivas, podrá encargar a cualquier empleado/a trabajos de distinto grupo profesional al suyo habitual sin limitación en el tiempo. 21.2. Mientras dure la situación prevista en el párrafo anterior, los empleados/as afectados percibirán: a) La retribución correspondiente al grupo que ostente el empleado/a, cuando desempeñe funciones de un puesto de trabajo de inferior grupo profesional. b) El plus superior categoría establecido en el artículo 6 f) se devengará en función de las horas realmente trabajadas en dicha situación, cuando las funciones desempeñadas sean de un grupo profesional superior al que ostente a título personal el operario/a [...]”. La ausencia de limitación temporal se vincula, en tal caso, a la permanencia de circunstancias excepcionales que justifiquen el cambio de funciones, por lo que no se contraviene lo dispuesto en la ley. En parecidos términos puede consultarse el *Convenio colectivo de la oficina autonómica de Cruz Roja Española en Andalucía* (BOPS nº 234, de 9 de octubre de 2023) cuyo Art. 16 reza: “Funciones de distinto grupo profesional. Por necesidades del servicio, cuando concurren las causas señaladas en el art. 39.2 del Estatuto de los Trabajadores (y trabajadoras), la Empresa podrá acordar por el tiempo imprescindible la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional, con las únicas limitaciones inherentes a las titulaciones académicas o a los conocimientos profesionales que se puedan

---

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 15 del *Convenio colectivo de restauración colectiva* (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2022).

requerir para el desempeño de las funciones correspondientes. La atribución de funciones superiores será, en todo caso, inferior a seis meses de duración durante un año y ocho meses durante dos, computados de fecha a fecha, y se realizará atendiendo a criterios objetivos. Si superados los plazos existiera un puesto de trabajo vacante del mismo grupo profesional y permaneciese la necesidad de su ocupación, éste deberá ser cubierto a través de los procedimientos de provisión de vacantes”.

La duración máxima del cambio de funciones se contempla en algunos convenios colectivos como una limitación adicional al poder de dirección empresarial. Así el *Convenio colectivo de derivados del cemento de Málaga* (BOP nº 146, de 31 de julio de 2019) señala que “A un trabajador no se le podrá imponer la realización de trabajos propios del grupo profesional inferior durante más de tres meses al año. No se considerarán a efectos del cómputo los supuestos de avería o fuerza mayor. Tampoco se le podrá imponer la realización consecutiva por dos veces de tarea de inferior categoría”<sup>113</sup>. Otros convenios colectivos extienden esa duración máxima del cambio de funciones a cualquier tipo de movilidad funcional fuera del grupo profesional como se aprecia, por ejemplo, en el Art. 16 del *Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización* (BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022)<sup>114</sup>. La negociación colectiva, en tal caso, acota los períodos de desempeño de funciones diferentes, aportando una mayor seguridad al trabajador.

El impacto de la movilidad en la retribución es, sin duda, el aspecto mayormente abordado en algunos convenios colectivos, pero son pocos los que mejoran la regulación legal. Una regulación tipo puede verse en el Art. 11 del *Convenio Colectivo Albia Gestión de Servicios, SLU* (BOCM nº 42, de 18 de febrero de 2023) que señala que “La movilidad funcional en el seno de la empresa se realizará conforme al régimen jurídico, garantías y requisitos establecidos en el LET. En cualquier caso, esta no supondrá reducción del nivel retributivo de procedencia y se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad de

---

<sup>113</sup> Véase, igualmente, el Art. 18 del *Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén 2020-2022* (BOPJ nº 222 de 18 de noviembre de 2022) que señala que los “trabajos correspondientes a un grupo profesional inferior por exigencias de la actividad, siempre con carácter transitorio, urgente y no reiterativo, no superando en ningún caso los dos meses, conservando en dicha situación la retribución correspondiente a su categoría, o el Art. 20 del *Convenio Colectivo provincial del Comercio en general de Toledo 2022-2025* (BOPT nº 108 de 1 de enero de 2022).

<sup>114</sup> Dispone el mencionado precepto, en su apartado 3, que “La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional, solo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificase y por el tiempo imprescindible para su atención, que en ningún caso podrá superar el periodo de noventa días”.

la persona trabajadora”. Mejora, por tanto, la retribución en caso de movilidad funcional dentro del mismo grupo y establece previsiones para la realización de funciones fuera del grupo ajustadas a la legalidad vigente<sup>115</sup>. En tal sentido dispone que “La movilidad para la realización de funciones pertenecientes a un grupo profesional superior, así como la movilidad para la realización de funciones pertenecientes a un grupo profesional inferior, se regulará conforme a las previsiones establecidas al respecto en el artículo 39 de la LET. Los cambios de funciones no previstos en los párrafos anteriores requerirán acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo conforme al art. 41 de la LET”. Otro ejemplo puede verse en el *Convenio colectivo de la empresa Fundiciones del Estanda, S.A* (BOPG nº 213 de 8 de noviembre de 2020) cuyo Art. 6 establece que “Los cambios de puesto de trabajo entre personal de distintas secciones, y siempre que el mismo no dure más de 30 días, determinará un incremento del 5 % en la prima que le corresponda percibir al trabajador trasladado en el puesto transitorio o circunstancial. Para los cambios que superen los 30 días, los trabajadores afectados conservarán, como mínimo, las mismas percepciones que en su anterior situación. En ningún caso se considerarán ingresos fijos los pluses ni las primas. Por estos conceptos se percibirán, desde el primer momento, las cantidades que correspondan al nuevo puesto”.

Los efectos de la movilidad funcional ascendente tienen repercusión específica en la retribución de los trabajadores. Su regulación convencional es bastante variada y algunos convenios contienen especificaciones de interés que pueden evitar conflictos posteriores como, por ejemplo, el momento del devengo, la consolidación del nivel salarial o las situaciones en que la movilidad funcional no genera derechos económicos. Así, aborda todas esas cuestiones el Art. 21 del *Convenio Colectivo de la empresa Grupo Energético de Puerto Real, S.A.* (BOP de Cádiz nº 139 de 23 de julio de 2020) que dispone que “El cambio de puesto se producirá sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del/a trabajador/a. b. El/la trabajador/a tendrá derecho, desde el primer día, a percibir el salario y los complementos correspondientes al nuevo grupo profesional de destino. c. El desempeño de las nuevas funciones por un período superior a seis meses durante un año o a ocho meses durante dos años dará derecho al/a traba-

---

<sup>115</sup> En el mismo sentido, véase el Art. 18 del *Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén 2020-2022* (BOPJ nº 222 de 18 de noviembre de 2022) que señala: “para el caso del que el/a trabajador/a hubiese de realizar trabajos correspondientes a un grupo profesional superior al que ostente, percibirá la retribución correspondiente a la categoría superior en todos sus conceptos. Transcurrido un período de cuatro meses ininterrumpidos, o seis alternos, dentro de un período de ocho meses consolidará la categoría. Ello, claro está, salvo que el/la empresario, el/a trabajador/a, o sus representantes legales, pongan en marcha el proceso de ascenso recogido en el artículo siguiente”.

jador/a a la consolidación del nivel salarial correspondiente al grupo profesional de destino”; añade en su apartado segundo que “Lo previsto en el apartado c) del número anterior no será de aplicación a los supuestos de movilidad funcional que se ocasionen como consecuencia de la cobertura de ausencias temporales derivadas de procesos de incapacidad temporal, excedencia con reserva de puesto de trabajo o desempeño de funciones sindicales”.

Presenta interés el Art. 12 del *Convenio colectivo de la empresa Persan SA* (BOPS 273 de 25 de noviembre de 2022) que prevé que “La trabajadora o el trabajador que desempeñe trabajos de un grupo profesional superior, pero no proceda legal o convencionalmente el reconocimiento de dicho grupo profesional superior, se le abonará la diferencia existente de todos los conceptos retributivos entre ambos grupos profesionales. Esta diferencia se abonará por días u horas efectivas trabajadas en dicha situación” y añade un supuesto específico de desempeño de funciones superiores: “La Empresa podrá con carácter formativo destinar a trabajadores y trabajadoras, previo acuerdo con estos y el Comité de Empresa, en lo referente a período de formación y demás condiciones específicas de cada puesto, a realizar trabajos de grupo profesional superior por el tiempo preciso para adquirir el grado de formación que requiera el puesto a cubrir, no estando obligada la Empresa al abono de la diferencia retributiva de grupo profesional durante este período. En el supuesto de que la trabajadora o el trabajador no supere el período de adaptación acordado, continuará con su anterior grupo profesional y remuneración”.

No se encuentran, sin embargo, convenios que aclaren la repercusión en la retribución cuando se desempeñan sólo parte de las funciones correspondientes a un grupo profesional superior sin pacto de polivalencia funcional, teniendo en cuenta que la jurisprudencia hace una interpretación restrictiva de la misma<sup>116</sup> pues “para tener derecho a retribuciones superiores, es necesario no solo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior excedan de modo evidente a las que son atribuidas a su categoría profesional, sino que es preciso que entren en pleno en las asignadas en la categoría superior”<sup>117</sup>. Excepcionalmente, puede verse alguna disposición en materia retributiva que establece una cuantía fija por el cambio de funciones y que, en algún caso, podría no mejorar la ley, como sucede, por ejemplo, en el Art.12 del *Convenio Colectivo Nippon Gases España, SLU* (BOE nº 207, de 29 de agosto de 2022) que establece que “En aquellos supuestos en que se produzca un cambio temporal de puesto de trabajo, que ten-

---

<sup>116</sup> SSTS de 5 de noviembre de 2019 (rec. nº 3974/2017) de 20 de septiembre de 2044 (rec. nº. 2615/2003) donde se señala que “es necesaria la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones de la categoría [actualmente, grupo] superior y no parte de las mismas”.

<sup>117</sup> STS de 12 de febrero de 1997 (rec. nº 2058/1996).

ga asignado una valoración superior, ubicado en un grupo superior de acuerdo con dicho sistema, la persona trabajadora afectada recibirá una compensación mensual de 90,58 € durante el tiempo que dure dicha situación, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Notificación escrita a la persona afectada por la persona responsable del Centro de Coste, con copia al Departamento de Personal, expresando el cambio producido y su duración. 2. Dicho cambio tiene que afectar a la mayoría de las funciones del puesto de trabajo. 3. La duración no puede ser inferior a un mes continuado de trabajo, o a veinte días de trabajo efectivo, durante un período de tiempo de doce meses. 4. La sustitución que tenga una duración máxima de cuatro meses, habrá de ser comunicada a la próxima reunión del Comité de Valoración de Puestos, salvo que la sustitución comprenda algún caso de enfermedad, accidente de trabajo, licencia o excedencias especiales. El anterior importe será incrementado cada año en el mismo porcentaje que el aplicado a la Tabla Salarial del Convenio”.

#### *D. Procedimiento reglado para reclamar ascensos*

También se encuentran algunos convenios que establecen un procedimiento reglado para que el trabajador reclame a la empresa el ascenso al que pudiera tener derecho con ocasión de un cambio funcional entre grupos, dando un papel relevante a la representación de los trabajadores. Así, véase, por ejemplo, el Art. 44 del *convenio colectivo de empresa Manufacturas y Accesorios Eléctricos, SA* (BOCM nº 298 de 7 de diciembre de 2020) que dispone: “El trabajador que realice funciones de nivel o grupo profesional superior al que tuviera reconocido, por un período superior a seis meses durante un año, u ocho meses durante dos años, y una vez reclamado por escrito ante la Dirección de la Empresa la clasificación profesional adecuada, el jefe de sección emitirá un informe escrito en el plazo de un mes, estableciendo él los trabajos que está realizando en la actualidad el solicitante así como los de la categoría y/o grupo profesional reclamado. Una vez emitido dicho informe, y en plazo de un mes, se reunirá la Dirección y el jefe de sección en presencia del Comité de Empresa, para estudiar si procede o no dicho ascenso, dando cuenta a este Comité de Empresa la decisión final”.

Es, por tanto, la movilidad funcional fuera del grupo profesional la perspectiva que mayoritariamente abordan los convenios colectivos conforme al mandato legal. Como vimos, dicha movilidad puede ser ascendente o descendente. La primera lleva a los convenios colectivos a regular el sistema de promoción o ascensos en las empresas o, en su caso, la cobertura de plazas y, la segunda, a garantizar la retribución del trabajador y, limitar, en su caso, el tiempo de desempeño de esas funciones. Si la ley o el convenio establecen los periodos máximos en que pueden desempeñarse las funciones ascendentes, algún convenio especi-

fica la manera de realizar el cómputo<sup>118</sup> o garantía la retribución mínima prevista para el grupo superior<sup>119</sup>. No se prevé en los convenios colectivos la cobertura automática de la vacante por el desempeño prolongado de las funciones correspondientes a una categoría superior, acomodándose ello a la doctrina judicial en la materia<sup>120</sup>. Respecto de la movilidad funcional descendente puede verse, entre otros<sup>121</sup>, el *Convenio Colectivo marco de la Unión General de Trabajadores* (BOE nº 237, de 2 octubre 2019) que dispone en su Art. 29.6.c) que cuando “La movilidad funcional cuando sea descendente, será por el tiempo imprescindible, no pudiendo superar nunca los seis meses dentro de un año. En caso de persistir la necesidad, se procederá a sacar la vacante de dicho puesto de trabajo”. Alguna limitación más establece el Art.21.2 del *IX Convenio colectivo Repsol Química, SA* (BOE nº 40 de 16 de febrero de 2023) al disponer que “Si por necesidad preteritoria o imprevisible de la actividad productiva, la empresa precisara destinar a un trabajador a tareas correspondientes a un grupo profesional de inferior nivel básico al suyo, y que no tuviese la consideración de grupo profesional equivalente, solo podrá hacerlo con carácter excepcional por el tiempo imprescindible, sin menoscabo de la dignidad del trabajador y manteniendo la retribución y demás derechos derivados de su clasificación profesional y comunicándolo a los Representantes legales de los trabajadores. Estas situaciones no tendrán una duración superior a dos meses ininterrumpidos, ni superiores a tres en un año, destinándose en forma rotativa a otros trabajadores a estas situaciones si las

---

<sup>118</sup> Véase el Art. 18 del *Conveni collectiu de treball de l'empresa Cruz Roja Española en els centres de treball de la província de Girona, per als anys 2018–2021* (BOPG nº 171 de 7 de septiembre de 2022) que señala que deben ser “computados de fecha a fecha, y se realizará atendiendo a criterios objetivos”.

<sup>119</sup> Véase el Art. 19.2 del *Convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU*. (BOE nº 251 de 18 de octubre de 2019).

<sup>120</sup> Véase la STSJ Canarias 824/2022, de 19 de diciembre (rec. nº 203/2022) que señala que “la consolidación de categoría está supeditada a que proceda legal o convencionalmente el ascenso, sin que el desempeño prolongado de funciones de derecho a su consolidación ni reconocimiento automático de esa superior categoría”.

<sup>121</sup> Véase, también, el *Convenio colectivo de La Voz de Galicia, SA* (BOE nº 280 de 12 de noviembre de 2019) cuyo Art. 53 dispone que “La movilidad funcional para la realización de funciones inferiores no correspondientes al grupo profesional solo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. La Dirección deberá comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores, sin que por ello se perjudique su formación y promoción profesional ni tenga que efectuar cometidos que supongan vejación o menoscabo de su dignidad - única forma admisible en que puede efectuarse - el trabajador o la trabajadora afectada conservará el derecho a percibir la remuneración correspondiente a su grupo profesional de procedencia. Solamente se podrá realizar por el tiempo imprescindible”.

necesidades de la actividad productiva lo exigen”<sup>122</sup>. En la misma línea pueden verse los artículos 24 y 25 del *Convenio Colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023) que contiene previsiones adicionales tanto para la movilidad ascendente como descendente: así, respecto a trabajos de grupo profesional superior dispone que “Las personas trabajadoras afectadas por el presente Convenio podrán realizar trabajos del grupo profesional inmediatamente superior dentro de su área de actividad, bien en casos excepcionales de necesidad perentoria, bien para sustituir a otras personas trabajadoras en situación de IT, vacaciones, licencias o excedencias. La duración de estos trabajos no podrá superar un período de seis meses en un año, salvo en el caso de sustitución por IT por enfermedad o accidente, que podrán tener una duración igual a la del período de la baja. Durante el tiempo que dure esta prestación de grupo profesional superior, las personas trabajadoras que la realicen percibirán las retribuciones íntegras del puesto de trabajo que desempeñen, sin que, en caso alguno, las diferencias retributivas que se produzcan puedan absorberse por aplicación de Convenio o disposición legal que modifique los conceptos retributivos. Cuando se lleven a cabo trabajos de un grupo profesional superior, durante un período de tiempo mayor que el señalado en los párrafos anteriores, se producirá automáticamente la consolidación del ascenso profesional y económico de la persona trabajadora”; esta previsión introduce las causas que motivan la asignación de funciones superiores (situaciones excepcionales perentorias o situaciones de IT, vacaciones, licencias o excedencias) y, en caso de obedecer a una situación de IT, permite superar la duración máxima legal establecida en la ley; establece, además, la imposibilidad de absorber el incremento retributivo que suponga la realización de las nuevas funciones y el ascenso automático del trabajador, mejorando esto último la regulación estatutaria que sólo prevé la reclamación del ascenso si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o la cobertura de la vacante conforme a las reglas de ascenso aplicables en la empresa y sin perjuicio de reclamar las diferencias salariales correspondientes. Por su parte, respecto a trabajos de grupo profesional inferior, el Art. 25 señala que “Por necesidades justificadas por la Empresa, y previa notificación por escrito a la representación sindical, se podrá destinar a una persona trabajadora a realizar funciones de un grupo profesional inmediatamente inferior al que esté adscrito, siempre que sea dentro de su área de actividad, conservando la retribución correspondiente a su grupo profesional y nivel salarial de origen. Salvo casos excepcionales, en los que deberán estar de acuerdo los representantes de las personas trabajadoras, esta situación no podrá prolongarse durante más de un mes, con el fin de no perjudicar la formación

---

<sup>122</sup> En términos muy parecidos véase el Art. 22 del *Convenio Colectivo de la empresa Grupo Energético de Puerto Real, S.A.* (BOP de Cádiz nº 139 de 23 de julio de 2020) que establece que “La encomienda a un/a trabajador/a de funciones correspondiente a un grupo profesional inferior podrá realizarse, exclusivamente, cuando concurren causas perentorias e imprevistas a la actividad productiva y por el tiempo imprescindible para solventar esta situación. Esta modalidad de movilidad se efectuará, en todo caso, sin menoscabo de la dignidad del/a trabajador/a y sin merma alguna de sus derechos económicos y profesionales”.

profesional de la persona trabajadora. Asimismo, la Empresa no podrá reiterar la realización de trabajos de calificación profesional inferior a una misma persona trabajadora en un período inferior a seis meses. Si el cambio de destino de la persona trabajadora, a un grupo profesional inferior, tuviera su origen a petición de la propia persona trabajadora, se asignará a esta la retribución que corresponda al trabajo efectivamente realizado”; esta otra previsión establece requisitos procedimentales adicionales a lo previsto en la ley y limita no sólo el tiempo máximo de realización de las nuevas funciones sino, también, la posibilidad de cambiar las funciones al mismo trabajador<sup>123</sup>.

Algunos convenios colectivos, además, acompañan esta previsión con reproducción de la prohibición legal de invocar “como causa de despido objetivo, la ineptitud sobrevenida en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales, como consecuencia de la movilidad funcional de cualquier tipo”<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> En la misma línea puede verse el Art. 18 del *Convenio Colectivo Nippon Gases España, SLU* (BOE nº 207, de 29 de agosto de 2022) que prevé lo siguiente: La Empresa, en caso de necesidad por razones técnicas u organizativas, podrá destinar a las personas trabajadoras a realizar trabajos de distinto grupo profesional al suyo, reintegrándose la persona trabajadora a su antiguo puesto, cuando cese la causa que motivó el cambio. 1. Trabajos de grupo superior: Toda persona trabajadora podrá realizar trabajos de grupo superior al suyo, en casos excepcionales de perentoria necesidad y corta duración, percibiendo, durante el tiempo de prestación de su servicio, la retribución del grupo a que circunstancialmente resulte adscrita. Este cambio no podrá ser de duración superior a cuatro meses ininterrumpidos, salvo los casos de enfermedad, accidente de trabajo, licencias y excedencia especial, en cuyo caso la situación se prolongará mientras subsistan las circunstancias que la hayan motivado. Cuando la persona trabajadora realice trabajos de grupo superior durante cuatro meses, sin concurrir los supuestos especiales a que se refiere el apartado anterior, consolidará el grupo superior. 2. Trabajo de grupo inferior: Si por necesidad justificada de la Empresa se destinara a una persona trabajadora a trabajos pertenecientes a un grupo profesional inferior al que está adscrita, conservará la retribución que corresponda a su grupo. Salvo casos muy excepcionales, de los que se informará a las personas representantes del personal, esta situación no podrá prolongarse por período superior a dos meses, con el fin de no perjudicar su formación profesional. Asimismo, se procurará evitar la reiteración de estos trabajos de inferior grupo a una misma persona trabajadora, informando de tales casos a las personas representantes del personal. Si el cambio de destino para el desempeño de trabajos de grupo inferior tuviera su origen en petición de la persona trabajadora, se asignará la retribución que corresponda al trabajo efectivamente realizado. 3. La Dirección de la Empresa informará trimestralmente a la Comisión Mixta de Convenio sobre los casos de personas trabajadoras afectadas por los cambios de trabajo de distinto grupo profesional”.

<sup>124</sup> Art. 26 del *Convenio Colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024* (BOE nº 16, de 19 de enero de 2023); también, el Art. 16.2 del *Convenio Colectivo del sector de desinfección, desinsectación y desratización* (BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022) que dispone que “No será posible invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”; o el Art. 26 del *IV Conveni col·lectiu d'aparcaments, estacionaments regulats de superfície, garatges, servei de rentat i greixatge de vehicles de Catalunya* (DOGC nº 6878 de 25 de mayo de 2015).

### E. Supuestos particulares de movilidad funcional convencional

Para terminar, no puede dejar de señalarse que la separación de la movilidad funcional de otras vicisitudes de la relación laboral no queda claramente establecida en algunos convenios colectivos que articulan previsiones en el marco de la movilidad, pero que encajan a veces en otras figuras como la modificación sustancial de condiciones de trabajo o los traslados. Un ejemplo de lo primero puede verse en el *XV Convenio Repsol Química SA*, cuyo Art. 22 habla de un “Personal fuera de estructura” con el siguiente contenido: “Tendrán la consideración de personal fuera de estructura, a los efectos previstos en este artículo, las personas que no ocupando alguna de las funciones o áreas de la estructura organizativa, se encuentren en cualquiera de las dos situaciones que, a continuación, se indican: a) Que como consecuencia del cambio de estructura no continúen realizando la función que venían desempeñando con anterioridad al mismo. b) Que continúen realizando la misma función, con la única finalidad por parte de la Dirección de la empresa, de mantenerlos ocupados y que, por tanto, puedan dejar de desempeñar su trabajo en cualquier momento, sin que ello requiera la incorporación de otra persona a tal función, ni la realización de horas extraordinarias con carácter habitual, como consecuencia de las tareas desempeñadas normalmente por la persona fuera de estructura. Por el contrario, no tendrán la consideración de fuera de estructura, a los efectos antes indicados, aquellas personas que continúen en la función anterior al cambio de estructura. Con el fin de garantizar el correcto aprovechamiento del personal fuera de estructura, la Dirección de la empresa podrá asignar a dicho personal, a cualquiera de las funciones o áreas vacantes en su localidad, de su grupo profesional o de un grupo profesional equivalente. Igualmente podrá asignarle la realización de actividades del propio grupo o grupo equivalente para: Apoyar acciones de formación, Reducir contrataciones del exterior, Cubrir incidencias, Atender necesidades organizativas”<sup>125</sup>. Algo parecido regula el Art. 47 del *Convenio colectivo*

---

<sup>125</sup> Dicho precepto añade que “Los cambios de puesto o actividad podrá realizarse, aunque impliquen la modificación del régimen de jornada y horario, si bien se agotarán previamente las posibilidades de cobertura con personal procedente del mismo tipo de jornada. En los supuestos regulados en el apartado anterior, el trabajador pasará a prestar servicio en su nueva posición, y se le mantendrá en su grupo profesional, nivel salarial y conceptos retributivos que tuviera asignado, a excepción de los que pudieran corresponderle en concepto de complementos de puesto de trabajo. Si como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo anterior, procediera la pérdida del plus turno relevo y/o del plus de mando intermedio de producción a tres turnos, continuarían abonándose los mismos durante seis meses, o máximo de un año si hubiese posibilidades razonables de recolocación en un puesto de estructura que conlleve la percepción de dichos pluses. Transcurrido el plazo anterior o producida la recolocación en un puesto que no conlleve la percepción de dichos pluses, se procedería a calcular su valor actual mediante el sistema de reducción decreciente y proporcional de su cuantía hasta su extinción en tres años. Los trabajadores afectados, con contrato indefinido, tendrán preferencia para ocupar funciones o áreas de su grupo profesional, cuando se produzcan vacantes dentro de su localidad, siempre que reúnan los requisitos de aptitud profesional e idoneidad física exigidos. La dirección, siempre que desee ejercer estas facultades, vendrá obligada a convocar previamente a los Representantes legales de los trabajadores para informar de los cambios que necesite efectuar, así como de su duración”.

de la empresa *Manufacturas y Accesorios Eléctricos, S. A.* (BOCM nº 298 de 7 de diciembre de 2020) que establece “Movilidad funcional: En la zona de producción (Planta) de MAESA se establece una única Sección de trabajo. Cuando por necesidades de la producción fuese necesario el movimiento del personal se tendrán en cuenta las siguientes condiciones: a. No podrán darse trabajos de inferior categoría y/o grupo profesional, salvo en casos de extrema necesidad, debidamente justificada. b. Se respetará el salario y complementos personales asignados a cada categoría y/o grupo profesional. c. No se darán trabajos discriminantes que afecten a la formación profesional del trabajador/a. d. En el caso de que el trabajador/a no esté conforme con la citada movilidad o el Comité de Empresa considere que es lesiva para los intereses de los trabajadores/as, dicha situación podrá ser tratada por la Comisión Paritaria de Conflictos”. Su Art. 49 establece una prima por cambio (1503,99 euros) cuando, por razones técnicas u organizativas, los trabajadores tengan que ser reclasificados en otros puestos de trabajo. Para esta reclasificación “se utilizarán criterios objetivos de cualificación, considerando la descripción del puesto de trabajo, antigüedad, habilidad en el desempeño, aptitud y colaboración del trabajador”, sometiendo a la comisión paritaria los posibles conflictos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la alteración de funciones que conlleva también un cambio de centro de trabajo no escapa en todo caso de la regulación estatutaria de la movilidad funcional, pues si dicho cambio no implica el cambio de residencia del trabajador -ni altera las condiciones esenciales del trabajo- se regirá, con carácter general, por lo dispuesto en el art. 39 ET y, en particular, por lo previsto al respecto en la negociación colectiva, siendo infructuosa la oposición del trabajador a la medida empresarial.

Tampoco suelen recogerse convencionalmente los supuestos de cambio de funciones por necesidades de salud o prevención de riesgos (v. gr. en casos de maternidad o riesgo durante el embarazo *ex art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*) o por voluntad del trabajador<sup>126</sup>. Excepción a ello puede encontrarse en el *Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias* (BOC nº 90 de 13 de mayo de 2019), cuyo Art. 28 regula un supuesto de movilidad

---

<sup>126</sup> El Art. 25 del *Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2023-2026* (BOE nº 273 de 15 de noviembre de 2023) dispone que “La persona contratada podrá solicitar el cambio en sus funciones, tanto dentro del grupo o subgrupo profesional en el que esté encuadrado, como fuera del mismo. En estos casos, la solicitud deberá ser razonada y se deberán cumplir los requisitos establecidos en este Convenio para el desempeño de las funciones o puesto solicitados. La empresa dará contestación razonada a la solicitud en un plazo prudente. La movilidad funcional realizada de mutuo acuerdo entre las partes, habrá de respetar lo establecido con carácter general en este Convenio y en la legislación aplicable”.

funcional especial “para aquellos trabajadores/as que, por padecer algún tipo de enfermedad que le inhabilite para el desarrollo de su puesto de trabajo, sin que pueda, por cualquier motivo, obtener la incapacidad laboral, pueda ser acoplado a cualquier otro puesto de trabajo de los existentes en la empresa”. Para dichos casos será preciso el informe médico que declare si es apto o no para realizar los trabajos específicos de su categoría. Dicho informe será comunicado a los Delegados de Prevención, debiendo incorporarse a su nuevo puesto en el plazo improrrogable de tres días. El cambio de puesto no conllevará cambio de categoría profesional, conservando su salario base y complementos salariales durante los seis meses siguientes a su incorporación, una vez el cual, si persistiera en el puesto de trabajo, pasaría a percibir las retribuciones correspondientes a esta categoría<sup>127</sup>. En la misma línea se pronuncia el Art. 15 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana, para los años 2018 – 2023 (DOCV n° 8607 de 6 de agosto de 2019)<sup>128</sup>. Este convenio, además, prevé un supuesto especial de movilidad funcional para el caso de privación del permiso de conducción<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Igualmente, véase el Art. 45 del *IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha* (DOCCM n° 28 de 11 de febrero de 2020) que dispone que “Además de los supuestos contemplados en la Ley, se autoriza expresamente la movilidad funcional para el personal que, por padecer algún tipo de enfermedad que le inhabilite para el desarrollo de su puesto de trabajo, sin que pueda, por cualquier motivo, obtener la incapacidad laboral, pueda ser acoplado a cualquier otro puesto de trabajo de los existentes en la empresa, siempre que exista puesto vacante. Para dichos casos será preciso el informe médico que declare si es apto o no para realizar los trabajos específicos de su categoría. Dicho informe será comunicado a los representantes legales, siempre que no haya oposición del profesional, debiendo incorporarse a su nuevo puesto en el plazo improrrogable de tres días. El cambio de puesto no conllevará cambio de categoría profesional, conservando su salario base y complementos salariales durante los seis meses siguientes a su incorporación, una vez el cual, si persistiera en el puesto de trabajo, pasaría a percibir las retribuciones correspondientes a esta categoría”.

<sup>128</sup> Señala que “Además de los supuestos contemplados en la Ley, se autoriza expresamente la movilidad funcional para aquellos trabajadores/as que, por padecer algún tipo de enfermedad que le inhabilite para el desarrollo de su puesto de trabajo, sin que pueda, por cualquier motivo, obtener la incapacidad laboral, pueda ser acoplado a cualquier otro puesto de trabajo de los existentes en la empresa. Para dichos casos será preciso el informe médico que declare si es apto o no para realizar los trabajos específicos de su categoría. Dicho informe será comunicado a los representantes legales, siempre que no haya oposición del trabajador, debiendo incorporarse a su nuevo puesto en el plazo improrrogable de tres días”.

<sup>129</sup> Establece que “De igual forma se autoriza expresamente la movilidad funcional en los términos previstos en este convenio para los casos de privación del permiso de conducir por suspensión administrativa o penal del mismo que impida el desempeño adecuado de su puesto de trabajo”.

## C.5. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA. TRASLADO INDIVIDUAL Y OTROS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD\*

Como punto de partida en el análisis de la materia relativa a la movilidad geográfica, debemos advertir al lector que se ha dividido esta cuestión en dos Capítulos diferentes que, no obstante, forman una unidad. De un lado, un primer Capítulo dedicado a los traslados individuales; es decir, aquel supuesto de movilidad geográfica de carácter previsiblemente definitivo o de amplia duración que afecta a un trabajador individual o bien a un número de trabajadores que no alcanza el requerido por la escala del art. 40.2 ET para tener la consideración de traslado colectivo, de manera que no resultan de aplicación las exigencias del período de consultas establecidas en el precepto que acabamos de mencionar. También incluimos en el análisis de este Capítulo lo referente a mecanismos de movilidad geográfica por interés del trabajador (art. 40 apartados 3 a 6 ET), supuestos que se ven enriquecidos por la negociación colectiva por figuras no contempladas en la regulación legal (desde movilidad geográfica a solicitud del trabajador, sin circunscribirse a los supuestos legales, o los casos de permutas entre trabajadores). En el siguiente Capítulo nos centraremos en el análisis de los traslados colectivos y los desplazamientos y la proyección de estas instituciones en la negociación colectiva.

Dada la unidad orgánica que presentan estos dos Capítulos y con el objetivo de no reiterar cuestiones, en el primero de ellos realizamos el análisis general y de conjunto, especialmente desde el punto de vista normativo, de la movilidad geográfica como instrumento de flexibilidad interna, cuestión que, por tratarse aquí, no repetiremos al referirnos al traslado colectivo y a los desplazamientos. De otro lado, hay toda una serie de cuestiones dentro de la negociación colectiva que afectan tanto a los traslados individuales como a los colectivos, así como a los supuestos de desplazamientos: desde la concreción de cuándo se considera necesario el cambio de residencia, hasta el establecimiento de límites comunes a las diferentes figuras de movilidad geográfica, o la regulación un tanto confusa que mezcla en los convenios las figuras legalmente establecidas por el art. 40 ET. Por todo ello, en este primer capítulo vamos a incluir todo un conjunto de elementos que pueden predicarse tanto de los diferentes tipos de traslado, evitando las innecesarias reiteraciones en una obra de estas características.

---

\* Apartado realizado por Juan GORELLI HERNÁNDEZ, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva*.

### **C.5.1. La movilidad geográfica como instrumento de flexibilidad interna**

Otro de los instrumentos que el legislador ha facilitado al empresario para incrementar su capacidad de flexibilidad interna es la movilidad geográfica. Veremos a continuación cómo se configura legalmente esta capacidad empresarial que permita cambiar al trabajador de lugar de trabajo; ahora nos limitamos a subrayar el destacado papel que la movilidad geográfica tiene desde la perspectiva de facilitar al empresario la capacidad de adaptarse mejor a sus necesidades productivas.

Ante todo, la movilidad geográfica forma parte del conjunto de elementos integrados dentro de las facultades directivas empresariales. Ahora bien, es importante destacar cómo el cambio de lugar de trabajo es una posibilidad que puede utilizarse a través de diferentes instrumentos. En primer lugar, hay un instrumento absolutamente ordinario como la movilidad funcional que puede utilizarse para el cambio de lugar de trabajo. Normalmente esta es una cuestión vinculada al cambio de puesto de trabajo dentro del mismo centro o bien a un centro de trabajo distinto que no requiere en modo alguno el cambio de residencia del trabajador. No obstante, es posible un cambio de centro de trabajo que, sin suponer un cambio del lugar de residencia del trabajador, si suponga una distancia importante respecto del lugar de trabajo. En este caso pueden surgir dudas de si estamos ante una movilidad funcional o una verdadera modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>130</sup>. La respuesta vendrá dada, a mi juicio, por las circunstancias relativas a cada situación (si la distancia es kilométricamente amplia, si implica un incremento notable el desplazamiento del trabajador al nuevo centro en comparación con el anterior, si es una cuestión meramente puntual o estable, etc.)<sup>131</sup>. Por último, cabe la posibilidad de un cambio de centro o lugar de trabajo que implique una alteración del lugar de residencia del trabajador; en este último caso estaremos ante una verdadera movilidad geográfica tal como la configura el art. 40 ET. Lo relevante ahora es que destaquemos cómo la movilidad geográfica, tal como se configura legalmente, es una de las facultades directivas empresariales que permite alterar el lugar de prestación de trabajo; pero no la única de tales facultades que puede suponer la alteración del lugar de trabajo.

De otro lado, como vamos a ver, la posibilidad de cambio del lugar de trabajo no sólo es un instrumento integrado dentro de las facultades directivas del

---

<sup>130</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social* n° 62 (2013), pág. 30.

<sup>131</sup> *Vid.* al respecto la STSJ de Andalucía n° 1156/2019, de 9 de mayo, AS 2019\2077.

empresario; es decir, no sólo es un mecanismo que utiliza el empresario para satisfacer sus concretas necesidades productivas. Al contrario, también podemos encontrarnos cómo es factible situaciones de movilidad geográfica por interés del trabajador: de un lado, la negociación colectiva regula situaciones en las que la movilidad geográfica se realiza a instancias del propio trabajador, recogiendo el convenio las situaciones en las que ello puede ser posible; por ejemplo, la movilidad a solicitud del trabajador, o bien las permutas entre trabajadores de diferentes centros de trabajo. Pero no sólo la negociación colectiva establece posibilidades de cambio de centro de trabajo por interés del trabajador; también la propia regulación legal ha establecido diferentes supuestos en los que se reconocen ciertos derechos de movilidad geográfica a los trabajadores; así, podemos ver los apartados 3, 4 y 5 del art. 40 ET en relación a situaciones de violencia de género, víctimas del terrorismo, agrupación familiar previo traslado de cónyuge que trabaja en la misma empresa, o trabajadores discapacitados. Por supuesto, también está abierta la posibilidad de acuerdos individuales entre trabajador que desea un cambio de lugar de trabajo y empresario.

La movilidad geográfica, tal como está configurada en la regulación actual es un mecanismo que facilita al empresario una especial capacidad para adaptar la mano de obra a las necesidades productivas de la empresa<sup>132</sup>. Ante situaciones que requieren el incremento de mano de obra en diferentes centros de trabajo, el empresario puede acudir a la movilidad para reubicar mano de obra que es innecesaria en unos centros, dirigiéndola a lugares donde es más necesaria. De otro lado, puede desplazar trabajadores experimentados a centros en los que dicha experiencia es necesaria (por el cese en la prestación de trabajo de quienes atesoran dicha experiencia en esos otros centros de trabajo, o por la apertura de nuevos centros de trabajo donde se requiere trabajadores experimentados junto a los de nuevo ingreso). También puede atender necesidades de mano de obra cuando se procede al traslado del centro de trabajo. En definitiva, existen múltiples posibilidades o situaciones en las que el empresario puede acudir a la movilidad geográfica para satisfacer necesidades productivas u organizativas de la empresa.

De otro lado, también debemos destacar que la movilidad geográfica puede tener otra utilidad relevante, diferente de la cobertura de necesidades de carácter empresarial que requieran la movilización de mano de obra hacia otros centros de trabajo. Me refiero a ser utilizada como alternativa a la extinción de contratos de trabajo. Ello sucede en situaciones en las que se produce la necesidad de amortizar puestos de trabajo en un determinado centro de trabajo (o la supresión

---

<sup>132</sup> *Vid.* MORALES ORTEGA, J.M.: “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿Una mal entendida flexiseguridad?”, *Temas Laborales* n° 119 (2013), págs. 56 y 57.

del propio centro), pudiendo sustituirse la extinción de los contratos de trabajo por el uso de mecanismos propios de movilidad geográfica a centros de trabajo que puedan absorber toda o parte de la mano de obra excedentaria.

Por último, la movilidad geográfica no sólo es, en sí misma considerada, un instrumento de flexibilidad, sino que las diversas reformas normativas han flexibilizado notablemente su régimen jurídico, siendo su utilización por el empresario en la actualidad, mucho más simple y fácil que en épocas normativas anteriores. Desde este punto de vista, la doctrina laboral afirma que la reforma de 2012, que es de la que procede la regulación actualmente vigente supone una disminución de la causalidad y una profunda simplificación de los trámites procedimentales, incrementándose la capacidad de decisión unilateral del empresario y suprimiendo la intervención de los controles administrativos<sup>133</sup>.

## **C.5.2. Análisis normativo de la movilidad geográfica regulada por el artículo 40 ET**

### *C.5.2.1. Delimitación de los supuestos de movilidad geográfica regulada por el art. 40 ET*

La movilidad geográfica se regula como una de las facultades propias del poder de dirección en el art. 40 ET. De la estructura de este precepto podemos señalar diferentes aspectos relevantes que determinan cuál es el ámbito propio de la movilidad regulada legalmente<sup>134</sup>.

En primer lugar, que la movilidad geográfica como institución jurídica, a tenor del art. 40 ET, agrupa sólo aquellos cambios de centro de trabajo que suponen un cambio de residencia para el trabajador. Por lo tanto, quedan fuera de la movilidad geográfica la posibilidad de cambiar al trabajador de puesto de trabajo dentro del propio centro de trabajo (estamos ante un mero supuesto de movilidad funcional, siempre que se trata de un cambio dentro del grupo profesional y se sigan las reglas del art. 39 ET). De igual manera, queda fuera de la movilidad geográfica el cambio de puesto de trabajo a un centro de trabajo diferente, pero que no requiere la alteración del lugar de residencia del trabajador (en este caso, tal como hemos señalado anteriormente, dependiendo de las circunstancias puede ser movilidad funcional o modificación sustancial de

<sup>133</sup> En este sentido ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 17; de igual manera GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012: la nueva regulación de la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Documentación Laboral* nº 95-96 (2012), pág. 95.

<sup>134</sup> Sobre esta delimitación con carácter general, puede verse a ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de la movilidad geográfica tras las reformas laborales 2010-2012”, *Revista de Derecho Social* nº 64 (2013), pág. 45.

condiciones). Una cuestión de especial interés se refiere a la determinación de cuándo sea necesario el cambio de residencia; para ello, como vamos a ver la negociación colectiva suele referirse criterios de determinación como la localidad o la provincia (si los cambios se producen dentro de tales ámbitos o fuera), los kilómetros de distancia respecto del anterior centro de trabajo o el tiempo que toma el desplazamiento al nuevo puesto de trabajo respecto de la jornada de trabajo. De otro lado, también es cierto que deben tenerse en cuenta otras cuestiones como, por ejemplo, la existencia de medios de comunicación que permitan un desplazamiento cómodo y de duración reducida, o bien el carácter meramente puntual o de breve duración de las tareas que deben realizarse en el otro centro de trabajo. Desde este punto de vista, podemos decir que la movilidad geográfica que regula el art. 40 ET se refiere a situaciones de cambio de centro de trabajo de manera definitiva o de cierta duración, que impliquen, necesariamente, un cambio de lugar de residencia.

Por otra parte, el art. 40 ET tampoco regula determinados supuestos en los que se produce un cambio de centro de trabajo que puede determinar la alteración del lugar de residencia del trabajador. Me refiero a los supuestos de traslados de trabajadores como consecuencia de sanción disciplinaria<sup>135</sup>. De igual manera, podemos señalar a los cambios de centro de trabajo cuando se producen a solicitud del trabajador o los cambios como consecuencia de permutas de puesto de trabajo entre trabajadores. Todos estos supuestos quedan fuera de la regulación legal contenida en el art. 40 ET. Ciertamente no son situaciones encuadrables dentro de un mecanismo de flexibilidad interna, ni de adaptabilidad de las condiciones de desarrollo de la prestación de trabajo en función de las cambiantes necesidades organizativas o productivas de la empresa. No obstante, es evidente que suponen el cambio de centro de trabajo y que pueden generar un cambio de residencia del trabajador. En todo caso, debemos subrayar que son situaciones no contempladas por la regulación legal, desconectadas del objetivo de la flexibilidad interna que preside dicha regulación; pero no por ello carente de regulación, pues es la negociación colectiva la que va a establecer, en algunos casos, reglas que permiten desplazar al trabajador como consecuencia de una sanción, o reglas que permiten, con el consentimiento empresarial, el cambio de centro de trabajo a instancia del trabajador, suponga o no una permuta entre diferentes trabajadores.

Por último, desde la perspectiva del conjunto de situaciones que la regulación legal no contempla como supuestos de verdadera movilidad geográfica,

---

<sup>135</sup> *Vid.* a modo de ejemplo el CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 53; CC Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC de Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

encontramos el supuesto de trabajadores contratados para prestar servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes. Dado que estos trabajadores han sido específicamente contratados para desarrollar su prestación de servicio en este tipo de centros de trabajo, el legislador decide no aplicarles la regulación sobre movilidad geográfica. En el fondo la cuestión es bien simple, pues en realidad, al ser itinerante el centro, el trabajador no cambia de centro de trabajo, sino que va con él. Desde otro punto de vista, también podemos señalar que en estos casos no se aplica el régimen jurídico de la movilidad geográfica, pues es un supuesto de alteración del lugar de trabajo pactado entre las partes, bien originalmente en el momento de contratar, o bien incorporado al contrato como un nuevo pacto. Podemos señalar diferentes ejemplos de empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes; así, aquellas que se dedican al desarrollo de ciertos espectáculos públicos que giran su actividad (circos, atracciones de feria, montaje de escenarios), empresas dedicadas a la instalación de redes de telecomunicación, electricidad, instalaciones ferroviarias o construcción de grandes obras públicas (construcción de carreteras, túneles, tendido eléctrico, presas, etc.). En todos estos casos, estamos realmente ante actividad en la que varía el lugar de prestación de servicios. En el caso de los buques, a los que tampoco resulta de aplicación el art. 40 ET, estamos realmente ante un verdadero centro de trabajo móvil o itinerante; no obstante, pueden surgir dudas de si pudiéramos estar dentro del ámbito de la movilidad geográfica cuando el trabajador es trasladado o desplazado a un buque diferente del original donde prestaba servicios<sup>136</sup>. El hecho de estar excluidos de la regulación sobre movilidad geográfica, implica la no aplicación de las reglas contenidas en el art. 40 ET, lo que supone, por ejemplo, que estos trabajadores no pueden extinguir indemnizadamente la relación laboral<sup>137</sup>; o que el rechazo al desplazamiento es causa de despido<sup>138</sup>. En todo caso, el hecho de que no estemos en un ámbito propio de movilidad geográfica legal, no implica que la negociación colectiva no regule ciertos derechos de estos trabajadores, específicamente en materia de compensaciones por los desplazamientos, el alojamiento o la manutención de los trabajadores<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Sobre la cuestión, *Vid.* RIVES MORENO, M.I.: “La movilidad geográfica y los centros de trabajo móviles o itinerantes: una reflexión sobre los buques en la marina mercante”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 1 de 2016, págs. 28 y 29.

<sup>137</sup> *Vid.* SSTSJ de Madrid nº 103/2020, de 17 de febrero, AS 2020\1902 y nº 655/2019, de 14 de junio, AS 20192307.

<sup>138</sup> STSJ de Asturias nº 1307/2019, de 18 de junio, AS 2020\574.

<sup>139</sup> CC de Avatel Telecom, SA, para centros de trabajo de Alicante, Madrid y Málaga (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 32; CC del sector de Industrias de derivados del cemento de la provincia de Álava (BOP Álava de 25 de mayo de 2022), art. 25; CC de las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 42; CC Federación de Fútbol de la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11; CC Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21.

### *C.5.2.2. Movilidad estable o definitiva y movilidad temporal: traslados y desplazamientos*

Es necesario resaltar que la regulación legal se basa en distinguir entre dos instituciones jurídicas diferentes: de un lado los traslados, de otro, los desplazamientos. La distinción entre uno y otro supuesto se basa simplemente en el carácter estable o no del cambio de centro de trabajo. Los traslados son estables; es decir, se trata de una movilidad de centro de trabajo de carácter indefinida o destinada a tener permanencia o persistencia en el tiempo; si bien no tiene que ser definitiva, pudiendo volver a verse afectado el trabajador en el futuro por otro cambio de centro de trabajo que le obligue al cambio de residencia (salvo que la negociación colectiva limite esta capacidad, o que se regule un derecho a volver al puesto de trabajo original, tal como veremos posteriormente). Por el contrario, los desplazamientos son meramente temporales; de manera que el trabajador retornará al centro de trabajo originario. En realidad, al regularse los traslados el art. 40 ET nada señala sobre la cuestión de su carácter estable. Es la regulación de los desplazamientos de donde podemos deducir ese carácter estable de los traslados, pues tal como señala el art. 40.6 ET in fine, “Los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta ley para los traslados”. Es decir, dado que los desplazamientos que superen una determinada duración, se van a considerar traslados, ello supone que los desplazamientos son temporales, mientras que los traslados son estables. De otro lado esta misma norma resuelve la cuestión relativa a cuándo podemos entender que una movilidad geográfica, inicialmente temporal se convierte en estable. Como vemos, la solución es centra simplemente en fijar un límite de duración temporal a los desplazamientos.

A partir de ahí, traslados y desplazamientos van a contar, cada uno de ellos con su propio régimen jurídico diferenciado. No obstante, cuentan con importantes conexiones. De entrada, es importante tener en cuenta que ambos mecanismos son causales; más aún, las causas son prácticamente idénticas en la redacción del precepto en los dos casos. Así, en los traslados, el art. 40.1 se refiere a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; estimándose que por las mismas ha de entenderse las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad de la empresa. Por su parte, el art. 40.6 ET, se refiere a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial. Como vemos, existe una identidad prácticamente total.

De otro lado, de manera muy similar, los trabajadores afectados en ambos casos tienen derecho a ser compensados por los gastos que va a suponer el cam-

bio de localidad. No obstante, la regulación de tal compensación es diferente en un caso y en otro. También ha de preavisarse a los trabajadores con un plazo de antelación suficiente, que es diferente en uno y otro caso (treinta días en los traslados o un plazo suficiente en los desplazamientos, que no podrá ser inferior a cinco días cuando tiene una duración superior a los tres meses). Otra relevante coincidencia es que, si bien estamos ante decisiones impugnables judicialmente (de hecho, existe una modalidad procesal específica en la LRJS –arts. 138 y ss.), estamos ante decisiones ejecutivas; es decir, que el trabajador debe aceptar y, en su caso impugnarlas si no está conforme con las mismas<sup>140</sup>. Se trata de supuestos muy evidentes de la clásica doctrina “solve et repete”.

Por último, debemos señalar el derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que puede extenderse a otros colectivos de trabajadores a través de la negociación colectiva<sup>141</sup>. Lógicamente el fundamento de estos otros posibles colectivos es totalmente distinto del perseguido por el legislador en caso de la representación de los trabajadores, que es evitar perjuicios y sanciones encubiertas por el desarrollo de la acción representativa<sup>142</sup>.

En cuanto a los desplazamientos, regulados en el art. 40.6 ET, estamos ante cambio de residencia, pero con carácter meramente temporal. Como hemos comentado, también se trata de una facultad empresarial limitada por la exigencia de causa y se regula la necesidad de abonar al trabajador ciertas compensaciones económicas (gastos de viaje y dietas). A diferencia de los traslados no se diferencia entre individual o colectivo y no se regula un procedimiento de consultas en el que haya de negociarse con la representación de los trabajadores<sup>143</sup>, lo cual se justifica por el hecho meramente temporal de los desplazamientos. El legislador se limita a establecer la necesidad de preavisar con antelación suficiente y en caso de que su duración sea superior a tres meses se establecen ciertas reglas especiales: el preaviso deberá ser en estos casos no inferior a cinco días y se establece el derecho a un permiso de cuatro días laborables por mes de desplazamiento (en los que no se computan los días de viaje y cuyos gastos correrán a cargo de la empresa). Contra esta decisión empresarial cabe la oposición judicial del trabajador afectado.

---

<sup>140</sup> GALA DURAN, C.: *Op. cit.*, pág. 95.

<sup>141</sup> Podemos ver un amplio análisis de esta cuestión en GALA DURAN, C.: *Op. cit.*, págs. 95 y ss.

<sup>142</sup> MORALES ORTEGA, J.M.: *Op. cit.*, pág. 79.

<sup>143</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 36.

### C.5.2.3. *Traslados individuales y colectivos*

En cuanto a los traslados, es relevante señalar la existencia de dos situaciones muy diferenciadas: traslados individuales y colectivos. En realidad, el art. 40.1 no diferencia expresamente entre uno y otro, sino que la diferencia se infiere del hecho de que el art. 40.2 ET establece un procedimiento, directamente inspirado en el procedimiento de despidos colectivos o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para aquellos traslados que afecten en el mismo período de 90 días a un número suficientemente relevante de trabajadores (que coincide con la misma escala contenida en los arts. 41 y 51 ET), o cuando el traslado afecte a todo el centro de trabajo y sean, al menos, cinco trabajadores. Ello supone que en todos aquellos otros casos en que no se alcance el número de dicha escala, estaremos ante traslados individuales y el procedimiento será, simplemente, la decisión unilateral de la empresa (salvo que la negociación colectiva haya establecido otra cosa).

En cuanto al traslado colectivo, tal como hemos dicho, el procedimiento es prácticamente idéntico al regulado para modificaciones sustanciales y despidos colectivos. De hecho, incluso hay una remisión expresa al art. 41.4 ET en relación a la representación de los trabajadores que han de actuar. Se trata de un procedimiento de negociación, destinado a intentar alcanzar un acuerdo que, de no obtenerse, permite al empresario adoptar una decisión unilateral sobre la movilidad de los trabajadores (si los convenios colectivos no establecen otra posibilidad o limitan la capacidad del empresario). Tomada la decisión de proceder al traslado, se comunica a los trabajadores y se aplicará lo dispuesto por el apartado 1º del art. 40 ET, de manera que se notificará la decisión con una antelación mínima (que puede ampliarse por convenio colectivo), los trabajadores podrán optar entre la extinción del contrato con la indemnización allí establecida (salvo que el convenio establezca una indemnización mayor), o aceptar el traslado con el derecho a las compensaciones económicas por gastos propios y de los familiares, que se acuerden; cuestión esta que puede regularse por convenio colectivo. En última instancia, podrá reclamarse judicialmente en caso de disconformidad, existiendo tanto la posibilidad de una demanda individual, como de conflicto colectivo, debiendo tenerse en cuenta que, de interponerse esta última demanda por conflicto colectivo, se paralizan las acciones individuales; ahora bien, resaltemos que el traslado tiene carácter ejecutivo (“sin perjuicio de la ejecutividad”). Debemos advertir que este procedimiento de consultas tiene carácter imperativo, si bien es perfectamente posible que la negociación colectiva añada reglas procedimentales a las legalmente establecidas<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, págs. 36 y 37.

En cuanto al traslado individual, aquél en que el número de afectados no es suficientemente relevante según la escala antes señalada, es una facultad que puede ser ejercida por el empresario sin acudir al procedimiento que hemos señalado. Tiene el mismo carácter ejecutivo que el traslado colectivo; pudiendo, no obstante, reclamar judicialmente cada trabajador afectado, por la inexistencia de causa para el traslado o por beneficiarse de una de las prioridades de permanencia (ya sea la legalmente reconocida a los representantes, o la que pueda establecerse por convenio colectivo); o incluso por existir reglas establecidas en el convenio sobre determinación de los trabajadores que pueden verse afectados o no por un traslado. Desde la perspectiva procedimental, la única exigencia establecida por el art. 40 ET es la notificación con 30 días de antelación al trabajador y a la representación de los trabajadores.

En ambos casos de traslado, individual y colectivo, existen ciertas reglas legales comunes. De entrada, el carácter causal<sup>145</sup>: los traslados deben obedecer o estar justificados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; es decir, surgen cuando están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo. Además, a estas causas se añade en la movilidad geográfica que la misma se justifica por las contrataciones referidas a la actividad empresarial, lo que permite acudir a la misma en los casos en que la movilidad de trabajadores se debe a la organización ordinaria o habitual de la actividad productiva, o surgen encargos de clientes que implican esa movilidad. A diferencia del despido colectivo, no se incluye expresamente la fuerza mayor como causa justificadora de la movilidad geográfica, aunque podría entenderse que la existencia de la misma podría justificarla<sup>146</sup>. Deben respetarse las reglas sobre notificación y preaviso; así como de compensación de gastos y pudiendo, el afectado, proceder a la extinción indemnizada del contrato de trabajo<sup>147</sup>. Debe resaltarse que este conjunto de cuestiones se regula habitualmente a través de la negociación colectiva.

#### *C.5.2.4. Movilidad geográfica por interés del trabajador: art. 40.3º, 4º y 5º ET*

Por último, debemos tener en cuenta que el art. 40 ET ha regulado ciertos supuestos de movilidad geográfica por interés del trabajador. Aquí no estamos

<sup>145</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 33.

<sup>146</sup> Tal como ha señalado ALFONSO MELLADO, C.L., puede observarse un cierto escalonamiento entre las diferentes instituciones que acuden a este sistema de causalidad por motivos puramente empresariales, de manera que hay una graduación entre medidas más y menos drásticas para los trabajadores. *Op. cit.*, pág. 35.

<sup>147</sup> La posibilidad de extinción indemnizada se limita a los supuestos de traslados, sean individuales o colectivos, sin alcanzar a supuestos de desplazamientos, ni a las situaciones de cambio de puesto de trabajo que no sean movilidad geográfica; así la STSJ de Valencia nº 2822/2018, de 2 de octubre, AS 2019\730.

ya ante ejercicio de facultades directivas empresariales, sino ante derechos del trabajador a ser desplazado a otro centro de trabajo. Como es lógico, en estos casos no se reconoce derecho a compensación económica, pues se trata de una movilidad a instancias del propio trabajador. Los supuestos son los siguientes:

- En primer lugar, cuando ambos cónyuges trabajan en la misma empresa y uno de ellos se ve afectado por un traslado, el otro cónyuge tendrá derecho al traslado a la misma localidad. Este derecho se condiciona a la existencia de un puesto de trabajo disponible; no obstante, el precepto no aclara si ha de ser del mismo grupo o categoría profesional. Obsérvese que, el art. 40.3 ET utiliza el término traslado y no extiende esta posibilidad a los desplazamientos. Por otra parte, de partida, los cónyuges no tienen que trabajar en el mismo centro de trabajo; ni tan siquiera en la misma localidad. Además, el traslado del segundo cónyuge se realizará a la misma localidad donde ha sido trasladado el primero, por lo que no tienen que ir destinados al mismo centro de trabajo, si es que en la localidad de recepción existe más de un centro de trabajo. En todo caso, es evidente que esta posibilidad puede ser también objeto de regulación por parte de la negociación colectiva.

- En segundo lugar, tenemos los supuestos de movilidad por interés del trabajador en los casos de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo<sup>148</sup>. En estos casos, si las personas trabajadoras se ven obligados a abandonar el puesto de trabajo donde prestan servicios, como consecuencia de la necesidad de protección o asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, vacante en otro centro de trabajo. Obsérvese que nuevamente estamos ante un cambio de puesto de trabajo por interés del trabajador, a tenor del cual, éste tiene un derecho a la movilidad que se configura como la preferencia para ocupar otro puesto de trabajo.

Debemos resaltar que el derecho de los trabajadores afectados por estos fenómenos de violencia está condicionado, al igual que en el caso de movilidad del cónyuge, a la existencia de puesto de trabajo vacante.

A los efectos de poder acceder a este derecho, la empresa debe comunicar a los trabajadores, las vacantes existentes o que pueden existir en el futuro. La lógica indica que tal deber de información surge una vez que el trabajador afectado comunica su situación al empresario.

---

<sup>148</sup> Sobre las diferencias de regulación entre unos y otros supuestos *Vid.* GALA DURAN, C.: *Op. cit.*, págs. 100 y ss.

La movilidad en estos casos es, en principio, temporal, pues se establece que tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales el empresario reserva el puesto de trabajo de origen. A la finalización de dicho plazo, los trabajadores pueden optar por regresar a su puesto de trabajo de origen, o continuar en el nuevo, decayendo el derecho a la reserva del puesto de trabajo de origen. Como es lógico, los plazos de duración y reserva del puesto de trabajo pueden ser objeto de negociación colectiva, tal como veremos posteriormente.

- Por último, nuestro ordenamiento (art. 40.5 ET) establece que los trabajadores con discapacidad, que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad diferente, donde sea más accesible dicho tratamiento; todo ello con el objetivo de hacer efectivo su derecho de protección a la salud. Se trata de un supuesto de preferencia para ocupar puesto de trabajo en otra localidad.

Como vemos, se trata también de un derecho preferente a la movilidad, condicionado, no ya a la situación de discapacidad, sino a la situación del trabajador discapacitado que requiere tratamiento médico o psicológico relacionado con su discapacidad. De otro lado, el legislador ha simplificado el régimen jurídico de estos supuestos por la vía de remitirse a los casos de violencia, pues se refiere a que el derecho preferente tiene los mismos “términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo”. Por lo tanto, les resulta de aplicación idéntico régimen jurídico.

Una cuestión común a los diferentes supuestos analizados de movilidad por interés del trabajador es el de la existencia de derechos preferentes; por lo tanto, con prioridad de unos trabajadores sobre otros. Desde mi punto de vista, debemos entender que estos trabajadores, con independencia de cuál sea el supuesto concreto, tienen reconocido un derecho; por lo que, si se cumplen las condiciones reguladas, deben ocupar esos otros puestos de trabajo cuando el empresario acude a la movilidad geográfica por motivos puramente empresariales. Por lo tanto, de la existencia del derecho individual de estos trabajadores se deduce que, cuando el empresario acude a la movilidad geográfica, antes de determinar qué trabajadores deben ser afectados debe ofrecer tales puestos de trabajo a quienes tienen uno de estos derechos individuales. De igual manera, existiendo una vacante, aun cuando el empresario no se plantea acudir a la movilidad geográfica, los trabajadores tienen derecho a la movilidad en base a lo previsto por los apartados 3º, 4º y 5º del art. 40 ET.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando encontramos una situación en la que otros trabajadores, por motivos diferentes, tienen un derecho a la movilidad reconocido por el ordenamiento. Se trata de situaciones en las que se produce una concurrencia de prioridades. Esta puede darse entre los diferentes supuestos legales ya señalados; por otra parte, la negociación colectiva también puede añadir nuevos supuestos o situaciones en las que se contemple un derecho de concretos trabajadores a la movilidad ¿Cómo deben resolverse las situaciones en que haya una concurrencia de derechos a la movilidad?

Ciertamente una vía para resolver la cuestión es la de acudir a la negociación colectiva para que esta fije los criterios de prioridad efectiva en casos de concurrencia. Pero es perfectamente posible que ello no ocurra. Una posible solución en este caso es que sea el empresario quien decida. No obstante, la decisión empresarial puede ser cuestionable, pues obedece a un interés empresarial ajeno al interés individual de los trabajadores.

Podría argumentarse que en caso de traslado por agrupación familiar estamos ante un derecho al traslado; es decir, un auténtico derecho subjetivo, sólo limitado por la existencia de vacante. Ello supondría que estos trabajadores tendrían prioridad sobre los casos de preferencia. Pero también puede defenderse lo contrario respecto de los otros supuestos de movilidad por violencia de género o terrorista o por discapacidad: dado que en estos casos estamos ante un “derecho preferente”, este debe imponerse sobre un simple derecho de los trabajadores que demandan la agrupación familiar, pues los primeros están adjetivados, justamente, para resaltar que tiene prioridad respecto de los otros.

De otro lado, en caso de confrontación entre los dos derechos preferentes contemplados por el legislador, el de víctimas de violencia de género, terrorismo y el supuesto de trabajadores discapacitados (en todos estos supuestos se reconoce un derecho preferente y en los mismo términos y condiciones); podría argumentarse que el derecho a la salud puede tener más relevancia que la protección de las víctimas; pero, a su vez, éstas últimas pueden argumentar que está en juego su derecho a la vida. Más aun, en el caso de las víctimas, ¿quién tendría prioridad, las de violencia de género o las víctimas de terrorismo?

Como vemos, la cuestión es bastante compleja. La complejidad podría ser aún mayor cuando la negociación colectiva contemple otros supuestos diferentes de prioridad o de derecho a la movilidad por interés individual de los trabajadores. Por ejemplo, ante la falta de criterios expresos de solución del problema, ¿tienen prioridad los supuestos legales sobre los convencionales?

En definitiva, la solución más adecuada sería la de que el propio legislador estableciese unos criterios de solución; o bien que el propio legislador se remitiese de manera expresa a la negociación colectiva para resolver estos problemas. En todo caso, también es posible apuntar un mecanismo de solución simple y sencillo a todos estos casos: la prioridad temporal o “*prior tempore, potior iure*”; es decir, resolver todos estos problemas por la vía de un criterio puramente cronológico.

### **C.5.3. Traslados en la negociación colectiva: un fenómeno que va más allá de la regulación legal**

#### *C.5.3.1. La movilidad geográfica en la negociación colectiva como fenómeno divergente y confuso respecto de la regulación legal*

Comenzamos ahora el análisis de la negociación colectiva sobre esta materia y como paso previo que la negociación colectiva, de manera mayoritaria, no sigue el esquema legalmente establecido y ello genera distintas divergencias entre regulación legal y negociación colectiva.

En primer lugar, debemos reconocer que la movilidad geográfica como fenómeno normativo legal es tremendamente restringida, pues se limita tan sólo a los cambios de puesto de trabajo que implican el cambio de lugar de residencia. Ello tiene que ver directamente con el hecho de que la configuración legal de la movilidad geográfica parte de configurarla como una facultad extraordinaria del poder de dirección empresarial, equiparable a la modificación sustancial de condiciones de trabajo; es decir que implica una alteración relevante del *estatus quo* de la relación laboral.

Sin embargo, pese al planteamiento legal la negociación colectiva plantea la movilidad geográfica como un fenómeno mucho más amplio. Parte de configurar la movilidad geográfica como la alteración del lugar donde se desarrolla el trabajo, y ello incluye tanto supuestos de simple alteración del puesto dentro del centro de trabajo, como situaciones en las que se destina al trabajador a otro centro de trabajo sin que ello suponga alteración del lugar de residencia y, finalmente, los supuestos legales que implican la alteración del lugar de residencia. En los dos primeros casos, no estamos ante la “movilidad geográfica” delimitada legalmente, sino ante un ejercicio ordinario del “*ius variandi*” empresarial<sup>149</sup>. Incluso en ocasiones el convenio no regula situaciones en las que el trabajador se

<sup>149</sup> Vid. la SSTs nº 467/2021, de 29 de abril, RJ 2021\2362 y nº 652/2016 de 12 de julio, RJ 2016\3832; SSTSJ del País Vasco nº 1684/2019 de 1 de octubre, AS 2020\2610; Cataluña nº 278/2010, de 19 de enero, AS 2010\1011; Cataluña nº 228/2015, de 16 de enero, AS 2015\1315; Cataluña nº 1479/2012, de 22 de febrero, AS 2012\856; Extremadura nº 553/2011, de 7 de diciembre, AS 2011\3135; Asturias nº 2968/2010, de 2 de diciembre, AS 201192.

ve afectado por un cambio de centro de trabajo, sino que se regula el traslado del propio centro de trabajo, diferenciando situaciones en función de que el cambio se produzca en la misma ciudad, fuera del término municipal, pero dentro de la provincia, o que se traslade el centro fuera de la provincia<sup>150</sup>.

Podemos encontrar regulaciones convencionales en las que bajo la rúbrica de movilidad geográfica se incluyen fenómenos encuadrables perfectamente dentro de las facultades directivas ordinarias (verdaderos supuestos de movilidad funcional), junto con la utilización del empresario de facultades directivas extraordinarias que se integran en la verdadera movilidad geográfica (en términos legales)<sup>151</sup>. Se genera así una notable confusión, pues no se establece distinción alguna entre unos y otros supuestos, o utilizando de manera poco adecuada la tipología del art. 40 ET, de modo que se confunden las situaciones. De esta manera, en preceptos convencionales con la rúbrica de “movilidad geográfica” se regula bajo terminología propia del art. 40 ET fenómenos que no pueden ser calificados como de verdadera movilidad geográfica legal, sino como verdaderos supuestos de ejercicio de facultades directivas ordinarias, estableciendo reglas específicas sobre preaviso o distancias máximas en las que puede utilizar el empresario estas facultades<sup>152</sup>; todo ello, al lado de instrumentos que si encajan dentro del art. 40 ET.

Normalmente los supuestos de movilidad en base a facultades directivas ordinarias reciben un tratamiento propio de movilidad funcional, que supone, simplemente, el abono de dietas. Dado ese carácter puntual, estos supuestos no suponen en modo alguno un cambio de residencia. Por el contrario, tal como hemos señalado, la movilidad geográfica ex art. 40 ET supone una cierta estabilidad temporal, pues o bien se plantea como definitiva en los traslados, o bien tienen una cierta duración, mínimamente amplia, que requiere el cambio de residencia, tal como ocurre con los desplazamientos.

Estos supuestos de movilidad funcional suelen recibir diferentes tipos de denominación en la negociación colectiva, siendo frecuente la confusión con la terminología legal de traslados y desplazamientos, o de manera genérica se les denomina como situaciones de movilidad geográfica; o incluso se diferencia

---

<sup>150</sup> CC de Carchidea, SL (BOP Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 6.

<sup>151</sup> CC de Gestión y Calidad Turística, Ciudad de Segovia SAU (BOP Segovia de 14 de diciembre de 2022), art. 22; CC de Frangosa Servicios, SL (BOP de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 22; Proinsener Energía, SL (BOP de Sevilla de 22 de febrero de 2022), art. 22.

<sup>152</sup> *Vid.* CC de Avatel Telecom, SA, para centros de trabajo de Alicante, Madrid y Málaga (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 31; CC Escuela Superior de Diseño de Valladolid (BOP Valladolid de 4 de noviembre de 2022), art. 18.

entre traslados geográficos y traslados funcionales<sup>153</sup>. En realidad, pese a esta denominación no debemos entender que existan figuras intermedias; al contrario, se trata simplemente de una mera denominación coincidente con la terminología legal, pero referida a un fenómeno de movilidad distinto al regulado por el art. 40 ET<sup>154</sup>. No es infrecuente encontrar, por ejemplo, bajo terminología propia del art. 40 ET supuestos que no implican cambio de residencia, pero a los que se aplica alguno de los elementos propios de la movilidad geográfica tal como se regula legalmente, como, por ejemplo, la exigencia de causa<sup>155</sup>.

En cuanto a los supuestos que se encuadran en el ejercicio ordinario de facultades directivas empresariales, pese a incluirse en los convenios como fenómenos de movilidad geográfica, ya hemos señalado que llevan aparejado el abono de dietas por alojamiento, manutención o desplazamiento<sup>156</sup>, siendo posible diferenciar entre medias dietas, dietas completas, situaciones en las que la movilidad afecta parcialmente a dos días continuados<sup>157</sup>. El abono de tales dietas puede ser automático o bien previa justificación del gasto realizado<sup>158</sup>. Por otra parte, es posible encontrar convenios que admiten el abono de las mismas con carácter

---

<sup>153</sup> CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 245 de 13 de octubre de 2023), art. 6.5.

<sup>154</sup> CC de la empresa Gestión y Calidad Turística, Ciudad de Segovia SAU (BOP Segovia de 14 de diciembre de 2022), art. 22; así el CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8, denomina “desplazamiento”, a lo que es mera movilidad funcional pues no implica cambio de domicilio al limitarse a un espacio inferior a 40 kilómetros. El CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 49, considera desplazamiento tanto el que supone el cambio de domicilio temporal del trabajador, como la simple salida de la localidad de residencia para desarrollar el trabajo fuera del centro; CC Pescanova España, SL Centro Industrial de O Porriño (BOP Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12.1; CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC Restauravia Food, SLU y Black Rice, SLU (BOE de 17 de marzo de 2022), art. 9; CC de SICAR Telecomunicaciones SL (BOP de Cádiz de 28 de marzo de 2022), art. 24; CC Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), arts. 21 y 22.

<sup>155</sup> CC de Externalización de Procesos Logísticos, SL (BOP de Barcelona de 1 de septiembre de 2022), art. 35.

<sup>156</sup> CC de Prezero Gestión de Residuos, SA (BOP Guadalajara de 29 de noviembre de 2022, art. 26; CC Talher, SA (BOP Barcelona) de 28 de diciembre de 2022, art. 41; CC de Avanza Durangaldea, SA (BOP Vizcaya de 31 de octubre de 2022), art. 22; .CC de Transquality 2001, SLU centro de Sevilla (BOP de Sevilla de 15 de septiembre de 2022), art. 19; CC grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 20; CC de Externalización de Procesos Logísticos, SL (BOP de Barcelona de 1 de septiembre de 2022), art. 35; CC Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

<sup>157</sup> CC de la empresa Gestión y Calidad Turística, Ciudad de Segovia SAU (BOP Segovia de 14 de diciembre de 2022), art. 22.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

anticipado y posterior justificación o no<sup>159</sup>. Incluso en algún supuesto se establece expresamente que el tiempo de desplazamiento en estos casos es tiempo de trabajo, resolviendo la negociación colectiva directamente uno de los problemas habituales en esta materia<sup>160</sup>. En otros casos se establecen límites temporales a la posibilidad de cambio de centro de trabajo a los trabajadores, lo que supone una reducción de las capacidades empresariales en el uso de sus facultades directivas ordinarias<sup>161</sup>. Otros límites que podemos encontrar se refieren al número de trabajadores o porcentaje de trabajadores que puede ser desplazado a otro centro de trabajo, o la exigencia de que dicha movilidad tenga necesariamente carácter rotatorio entre los trabajadores<sup>162</sup>.

Otra prueba de confusión de figuras es que se utiliza la terminología propia del art. 40 para describir fenómenos que no implican el cambio de residencia del trabajador, por lo que ha de actuarse con cierto cuidado en estos casos. También se utiliza terminología propia del art. 40 ET (traslados o desplazamientos), pero con un carácter absolutamente general; es decir, para englobar los diferentes fenómenos regulados en el art. 40, de manera que se habla de “traslados”, pero en la regulación de los mismos encontramos que existen “traslados” de duración inferior a tres meses o a un año<sup>163</sup>; o “desplazamientos” que se resuelven con el abono de dietas<sup>164</sup>. Ello genera en ocasiones importantes dudas interpretativas de hasta dónde quiere llegar la regulación convencional. Un buen ejemplo de esta confusión terminológica la encontramos en un convenio que define la movilidad geográfica como los desplazamientos temporales distintos a su lugar de trabajo que no tengan la consideración de traslados conforme al ET<sup>165</sup>.

No obstante la habitual confusión que solemos encontrar en la negociación colectiva, es posible detectar convenios en los que se establece una clara diferencia entre los fenómenos propios de la movilidad funcional y la movilidad geográfica; de manera que en los primeros, al no haber cambio de residencia,

---

<sup>159</sup> *Ibidem.*

<sup>160</sup> CC de Avanza Durangaldea, SA (BOP Vizcaya de 31 de octubre de 2022), art. 22.

<sup>161</sup> CC Talher, SA (BOP Barcelona) de 28 de diciembre de 2022, art. 41; CC de la Industria Azucarera (BOE de 21 de marzo de 2022), art. 10.

<sup>162</sup> CC de Transquality 2001, SLU centro de Sevilla (BOP de Sevilla de 15 de septiembre de 2022), art. 19.

<sup>163</sup> CC de Prezero Gestión de Residuos, SA (BOP Guadalajara de 29 de noviembre de 2022, art. 26; CC de CC Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art.17.

<sup>164</sup> CC de Escuela Superior de Diseño de Valladolid, (BOP Valladolid de 4 de noviembre de 2022), art. 18.

<sup>165</sup> CC de Transquality 2001, SLU centro de Sevilla (BOP de Sevilla de 15 de septiembre de 2022), art. 19.

se limita a regular ciertos derechos especialmente en materia de dietas o pluses de transporte<sup>166</sup> y en algún caso un período de preaviso, diferenciando según la duración de estos cambios de puesto o si va a tener carácter definitivo<sup>167</sup>.

En ocasiones se establecen tipologías muy diferenciadas y estructuradas, que entremezclan figuras propias del art. 40 ET con mecanismos que no están reconocidos en dicha regulación: traslados voluntarios a solicitud del trabajador y con el necesario acuerdo con el empresario (que no dan derecho a compensación económica), permutas, por acuerdo entre empresario y trabajador (el empresario ofrece al colectivo la posibilidad del cambio de centro y los interesados llegan a un acuerdo con el empresario, debiendo estarse al acuerdo a los efectos de las posibles compensaciones económicas) y movilidad de carácter forzosa (la que coincide con los traslados del art. 40.1 ET y que deben ceñirse, cuanto menos, a los derechos y compensaciones establecidas por la regulación legal), distinguiendo en este último caso si se trata de cambios con o sin domicilio y si tienen un carácter estable o no incorporando también la regulación sobre desplazamientos<sup>168</sup>.

Una segunda divergencia consiste en que es posible detectar entre la negociación colectiva situaciones en las que auténticos mecanismos de movilidad geográfica se regulan bajo terminología totalmente diferente y que nada tiene

---

<sup>166</sup> *Vid.* en este sentido el CC de Ford España, SL (BOE de 4 de octubre de 2022), art. 93; CC de Sertrans Cataluña, SA (BOP de Barcelona de 20 de diciembre de 2022), art. 29; CC de Lidl Supermercados SAU (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 18; CC de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del grupo (BOE de 25 de julio de 2022), arts. 19 y ss; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (BOE de 2 de junio de 2022), art. 61; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 13.

<sup>167</sup> CC Pescanova España, SLU (centro industrial Chapela) (BOP Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12

<sup>168</sup> CC de Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14. En este convenio, al margen de las distinciones que hemos señalado en el texto del trabajo, se diferencia entre necesidades empresariales coyunturales o no coyunturales, limitando este último supuesto a un cambio de centro de trabajo dentro de la misma provincia, lo que reduce la capacidad empresarial. CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 25; CC de Logista SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; Páginas Amarillas Digitales, SAU (BO Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), arts. 61 y ss; CC de Westrock Packaging Systems Spain, SL (BOP de Vizcaya de 3 de junio de 2022), art. 6.7; CC Proinsener Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 22; CC de la Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6..

que ver con la establecida en la regulación legal<sup>169</sup>. Todo ello ayuda a evidenciar una regulación bastante más confusa y compleja que la establecida por el legislador.

En otros casos hay una evidente confusión entre las figuras propias de la movilidad geográfica legal, de manera que, por ejemplo, se esté denominando “traslado” a lo que realmente es un desplazamiento<sup>170</sup>; o se denomina traslado a cualquier tipo de movilidad en la que se produce un cambio de residencia<sup>171</sup>.

En otros casos, nos encontramos como la negociación colectiva regula sólo alguno de los fenómenos propios del art. 40 ET, o los traslados o los desplazamientos<sup>172</sup>, estableciendo así una regulación limitada que plantea si la laguna del convenio supone, tal como nosotros entendemos, la aplicación de la regulación legal.

Otra relevante divergencia se refiere a que tampoco es extraño encontrarnos en la negociación colectiva bajo la rúbrica de la movilidad geográfica supuestos de alteración del lugar de trabajo, que implican alteración del lugar de residencia, pero por acuerdo con el empresario. Se trata de supuestos de movilidad a solicitud del trabajador o casos de permuta, a los que nos referiremos más adelante. Tal como hemos señalado anteriormente, la movilidad del art. 40 ET es, fundamentalmente, una movilidad basada en el interés de la empresa, no en el interés del trabajador. De hecho, como hemos visto, el legislador señala de manera expresa los concretos supuestos en los que es posible la movilidad geográfica por interés del trabajador, concretamente los supuestos señalados en los apartados 3 a 5 del art. 40 ET. Sin embargo, la negociación colectiva se nos muestra en este caso mucho más rica que la regulación legal, admitiendo otras situaciones de movilidad por interés del trabajador.

En definitiva, una regulación confusa, escasamente ordenada y que con frecuencia genera problemas interpretativos que pueden ser importantes.

---

<sup>169</sup> Así el CC de Euskaltel, SA (BO País Vasco de 18 de noviembre de 2022), art. 14, que se refiere a los desplazamientos como comisión de servicios.

<sup>170</sup> CC de Resíduos Sólidos Urbanos de Castilla La Mancha, SA (BOP de Ciudad Real de 4 de octubre de 2022), art. 9.

<sup>171</sup> CC de Externalización de Procesos Logísticos, SL (BOP de Barcelona de 1 de septiembre de 2022), art. 35.

<sup>172</sup> Así el CC de Avatel Telecom, SA, para centros de trabajo de Alicante, Madrid y Málaga (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 31.

### C.5.3.2. *¿Cuándo se exige un cambio de residencia?*

#### *Criterios de determinación en la negociación colectiva*

Tal como hemos visto, una de las cuestiones que tiene especial relevancia en materia de movilidad es la relativa a la distinción entre cambios de centro de trabajo que implican el cambio de residencia y cambios que no implican el cambio de residencia. La distinción entre uno y otro supuesto puede ser bastante simple cuando estamos ante situaciones en las que el nuevo centro de trabajo está muy alejado geográficamente. Ahora bien, como es evidente, puede haber todo un conjunto de situaciones en las que entre uno y otro centro de trabajo no tiene que haber cientos de kilómetros, sino que son más cercanos. Surge aquí la duda de cómo determinar la necesidad de un cambio de residencia, pues tal como ha destacado la doctrina, estamos ante un concepto indeterminado<sup>173</sup>. Es por ello que la negociación colectiva tiene aquí un importante papel y establece criterios de distinción.

El principal de estos criterios con el que se pretende diferenciar cuándo estamos ante un supuesto de cambio de residencia es concretar una determinada distancia en kilómetros, por encima de la cual se considera que estamos ante un supuesto que si requiere cambio de domicilio y, por tanto, resulta de aplicación el art. 40 ET. La manera más simple es estimar que no existe movilidad geográfica cuando el nuevo centro de trabajo se encuentra dentro de la misma ciudad; pero son pocos los convenios que establecen un criterio que, a mi juicio, parece excesivamente restrictivo<sup>174</sup>. Normalmente se utiliza el criterio de fijar una distancia en Kilómetros, que se mide entre uno y otro centro de trabajo, no entre el nuevo centro y el domicilio del trabajador<sup>175</sup>. Así, podemos encontrar convenios

---

<sup>173</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 32.

<sup>174</sup> CC del Grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.1.

<sup>175</sup> No obstante, también es posible encontrar convenios (pocos) en los que la distancia también puede calcularse desde el domicilio original, así el CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE de 28 de abril de 2022), art. 17.

que se centran en 25 Kilómetros<sup>176</sup>; 30 Kilómetros<sup>177</sup>; 35 kilómetros<sup>178</sup>; en los 40 kilómetros<sup>179</sup> o 50 kilómetros<sup>180</sup>; pudiendo encontrar convenios que establecen distancias superiores, como los 60 kilómetros<sup>181</sup>, 70 kilómetros<sup>182</sup>, los 90 kilómetros<sup>183</sup> o incluso los 100 kilómetros<sup>184</sup>.

Cuando estemos en centro de trabajo situado a una distancia inferior a la establecida en el convenio colectivo, no estaremos en el ámbito de aplicación del art. 40 ET; no obstante, es posible que los convenios si establezcan derechos de los trabajadores afectados por un cambio que no alcanza la distancia mínima y que escapa al art. 40 ET. Normalmente, estos derechos se concretan con el abono por parte del empresario de gastos de desplazamientos o dietas si la jornada es partida<sup>185</sup>.

---

<sup>176</sup> CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 47; CC del Grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.1; CC de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del grupo (BOE de 25 de julio de 2022), art. 20.

<sup>177</sup> CC de Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14; CC de Sertrans Cataluña, SA (BOP de Barcelona de 20 de diciembre de 2022), art. 29; CC Txapela ANG, SL (BOP de Barcelona de 8 de junio de 2022), art. 30; CC Tapa Tapa ANG,SL (BOP Barcelona de 5 de agosto de 2022), art. 30; CC Restaurant Singulares ANG, SL (BOP Barcelona de 9 de agosto de 2022), art. 30; CC MussolAng, SL (BOP Barcelona de 11 de agosto de 2022), art. 30; CC Artemio Nolla Furrioo (BOP de Barcelona de 13 de julio de 2022), art. 30; CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC de la Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterraneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

<sup>178</sup> CC estatal del sector de radiodifusión sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 12.

<sup>179</sup> CC Cruz Roja Española en Zaragoza (BOP Zaragoza de 10 de diciembre de 2022), art. 19; CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; CC de Logista SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC Tapa Montera, SL (BO Comunidad de Madrid de 6 de agosto de 2022), art. 32; CC Restaurants Madrid Ang, SLU (BO de la Comunidad de Madrid de 16 de abril de 2022), art. 32; CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20.

<sup>180</sup> CC de Supercor, SA (BOE de 11 de abril de 2022), art. 12; CC de Pack &Goi (BO de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo de 2022), art. 16.

<sup>181</sup> CC de Magna Seating Vigo Assembly SAU (BOP Pontevedra de 2 de junio de 2022), Disp. Adic. 3ª.

<sup>182</sup> CC Zelenza Sistemas de Información, SA (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de enero de 2022), art. 24

<sup>183</sup> CC de Fresenius Medical CareExtremadura, SA (Diario Oficial de Extremadura de 24 de enero de 2022), art. 16.

<sup>184</sup> CC Asamblea Provincial de la Cruz Roja (Diario Oficial de Extremadura de 7 de febrero de 2022), art. 19.

<sup>185</sup> *Vid.* así el CC de Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14; CC Cruz Roja en Teruel (BOP Teruel de 18 de octubre de 2022), art. 19.

En todo caso, desde nuestro punto de vista el establecimiento de un elemento objetivo como un determinado número de kilómetros no parece que deba ser un criterio que determine de manera exacta la alteración del lugar de residencia del trabajador; especialmente en un país como el nuestro en el que se ha avanzado bastante en materia de comunicaciones, movilidad y medios de transporte. En este sentido, hay convenios que regulan cambios de centro que no implican cambio de residencia, estableciendo el derecho a cobrar cuantías por desplazamiento, a partir de un número de kilómetros que coincide o se superpone con alguno de los que hemos visto *supra*<sup>186</sup>.

Es por ello que podemos encontrar otros criterios para delimitar la cuestión; por ejemplo, considerar que la provincia es el límite a partir del cual se considera que estaríamos ante verdaderos casos de movilidad geográfica<sup>187</sup>.

En otros casos se plantea un criterio híbrido: estaremos ante movilidad geográfica que supone el cambio de residencia, cuando el nuevo centro de trabajo esté situado en provincia diferente de la del centro de origen y exista entre ambos centros de trabajo una distancia superior a 75 kilómetros<sup>188</sup>.

Otra alternativa híbrida es la de utilizar tanto el número de kilómetros como el tiempo de desplazamiento de ida y vuelta. Consiste en fijar un determinado número de kilómetros, que objetivaría cuándo se entiende que hay necesidad de cambio de domicilio, salvo que el tiempo de desplazamiento (en este caso medido desde el domicilio) de ida y vuelta no supere un determinado porcentaje de la jornada ordinaria diaria<sup>189</sup>. En otros casos se utiliza tan sólo un determinado porcentaje de la jornada diaria de trabajo, de manera que, de superarse, se entenderá que existe necesidad de un cambio de residencia<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> CC de Radio Popular, SA (BOE de 25 de julio de 2022), art. 33.

<sup>187</sup> *Vid.* en este sentido el CC de Garaipen Victoria Apustuak, SL (BOP de Vizcaya de 16 de diciembre de 2022), art. 18; CC Pescados La Carihuela, SL (BOP de Córdoba de 16 de agosto de 2022), art. 10; CC de Carchídea, SL (BOP Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 6; CC de IMQ Analíticas, SL (BOP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2022), art. 34; Páginas Amarillas Digitales, SAU (BO Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC Asociación de Colegio de Huérfanos de Ferroviarios (BO Comunidad de Madrid de 28 de mayo de 2022), art. 16; CC de Comisiones Obreras de Aragón (BO de Aragón de 10 de mayo de 2022), art. 15.

<sup>188</sup> CC grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 19.

<sup>189</sup> Así el CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE de 28 de abril de 2022), art. 17; que establece el criterio de los 45 kilómetros, salvo que el desplazamiento de ida y vuelta supere el 25% de la jornada ordinaria diaria. De igual manera el CC Restauravia Food, SLU y Black Rice, SLU (BOE de 17 de marzo de 2022), art. 9, que señala la distancia de 30 kilómetros, o cuando el tiempo de desplazamiento al nuevo centro sea superior al 25% de la jornada diaria del trabajador.

<sup>190</sup> CC de Navargin, SL de Huarte (BO de Navarra de 8 de febrero de 2022), art. 17

Desde nuestro punto de vista, la determinación convencional resuelve la cuestión de una manera objetiva. Ahora bien, especialmente en el caso del uso de los kilómetros de distancia como criterio de delimitación, creo que podemos encontrar situaciones en las que difícilmente estemos ante la exigencia de cambio de residencia. Ello es especialmente evidente cuando las distancias son reducidas y los medios y vías de comunicación son buenos. Ciertamente podemos interpretar que estas normas que determinan la aplicación del régimen jurídico del traslado cuando hay un cambio de centro de trabajo situado a pocos kilómetros de distancia, suponen una regulación más favorable para los trabajadores; ahora bien, si no hay un verdadero y efectivo cambio de residencia, probablemente algunos de los derechos establecidos por el art. 40 ET no deben ser otorgados aun cuando se efectúe un cambio de centro de trabajo que suponga un desplazamiento de escasos kilómetros, por mucho que el convenio establezca que tiene la consideración de traslado o desplazamiento; pues en este caso, al no producirse el cambio efectivo de residencia, no deberían generarse derechos como ciertas compensaciones económicas que sólo se justifican por dicho cambio.

En todo caso, la situación puede ser más compleja cuando no hay regulación sobre esta cuestión en el convenio colectivo, pues aquí habrá que estar a un análisis caso por caso de cada uno de los supuestos<sup>191</sup>.

### *C.5.3.3. Análisis de la regulación sobre traslados en la negociación colectiva: reglas comunes a traslados colectivos e individuales*

De entrada, es necesario afirmar que es bastante extraño que la negociación colectiva se refiera de manera expresa al supuesto de traslado individual. A la hora de regular los traslados, la negociación colectiva no suele diferenciar entre colectivos e individuales<sup>192</sup>. Más aun, incluso es frecuente que no se diferencie entre traslados y desplazamientos<sup>193</sup>. La deducción más adecuada es que las reglas contenidas en esta regulación convencional resultan de aplicación a los dos supuestos de traslados, tanto los individuales como los colectivos. De hecho, es posible encontrar casos en los que expresamente se señalan que ciertas reglas son comunes a uno y otro tipo de traslados<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> En este sentido ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, págs. 32 y 33.

<sup>192</sup> CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 47; CC Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art.17.

<sup>193</sup> CC de Dialbilbo, SL (BOP de Vizcaya de 9 de junio de 2022), art. 12.

<sup>194</sup> CC Talher, SA (BOP Barcelona) de 28 de diciembre de 2022, art. 41.

La variedad de reglas comunes a traslados individuales y colectivos es bastante amplia. Podemos mencionar las siguientes:

- Supuestos en los que la negociación colectiva se remite a la regulación legal, o se contiene una remisión al ET o a su art. 40, sin establecer nada más. Parecería un supuesto anómalo, pues en la práctica se trata de una regulación de nula utilidad y que nada añade; sin embargo, no es algo precisamente extraño o anómalo<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> De las diversas variantes que hay podemos citar, como ejemplos, CC de Penibética de Cervezas y Bebidas, SL (BOP de Córdoba de 19 de diciembre de 2022), art. 20; CC Cruz Roja Española en Zaragoza (BOP Zaragoza de 10 de diciembre de 2022), art. 19; CC Personal de Servicios de Recogida y Transporte de Residuos Urbanos y Limpieza Urbana y Playas del Concello de Vigo, adscrito a FCC Meido Ambiente SAU (BOP Pontevedra de 9 de diciembre de 2022), art. 37; CC Cementos Portland Valderrivas, SA (BOP Palencia de 7 de noviembre de 2022), art. 15; CC del sector de Servicios de Educación Ambiental de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid de 29 de octubre de 2022), art. 30; CC Cruz Roja en Teruel (BOP Teruel de 18 de octubre de 2022), art. 19; CC Ford España, SL (BOE de 4 de octubre de 2022), art. 93; CC de Lidl Supermercados SAU (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 19; CC de Cruz Roja Española, centros de trabajo de Gerona (BOP de Gerona 30 de agosto de 2022), art. 19; CC de Carchidea, SL (BOP Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 6; CC de Externalización de Procesos Logísticos, SL (BOP de Barcelona de 1 de septiembre de 2022), art. 35; Aris Risk Solutions, SL (BOE de 21 de julio de 2022), art. 12; CC Cruz Roja Española La Rioja (BO de La Rioja de 21 de junio de 2022), art. 17; CC Tapa Tapa ANG, SL (BOP Barcelona de 5 de agosto de 2022), art. 30; CC Restaurant Singulars ANG, SL (BOP Barcelona de 9 de agosto de 2022), art. 30; CC Mondelez España Commercial, SLU (BO Comunidad de Madrid de 25 de junio de 2022), art. 21; CC MussolAng, SL (BOP Barcelona de 11 de agosto de 2022), art. 30; CC de Comercio en General de la provincia de Albacete (BOP Albacete de 15 de junio de 2022), art. 22; CC MIM Predict Prevent, SL (BOP Barcelona de 3 de agosto de 2022), art. 25; CC Artemio Nolla Furrioo (BOP de Barcelona de 13 de julio de 2022), art. 30; CC Asociación de Colegio de Huérfanos de Ferrovianos (BO Comunidad de Madrid de 28 de mayo de 2022), art. 16; CC Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de Andalucía (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 15; CC Cervezas Alhambra, SL (BOP de Granada de 9 de mayo de 2022), art. 16; CC Grupo Marítima Dávila (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 19; CC Contratas Públicas del Norte, SLU (BOE de 4 de abril de 2022), art. 23; CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28; CC de la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21; CC de la Industria Azucarera (BOE de 21 de marzo de 2022), art. 10; CC Restauravia Food, SLU y Black Rice, SLU (BOE de 17 de marzo de 2022), art. 9; CC de la Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC Arpón Infraestructuras, SL (BOP de Lérida de 28 de enero de 2022), art. 25; CC estatal del sector de radiodifusión sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 12; CC Sector del Comercio en General del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 4 de febrero de 2022), art. 35; Proinsener Energía, SL (BOP de Sevilla de 22 de febrero de 2022), art. 22; CC provincial de Oficinas y Despachos (BOP de Alicante de 22 de diciembre de 2021), art. 14.

Muy similares a estos casos son los que remitiéndose a la regulación legal y, además, reiteran alguna de las reglas básicas de la misma (el plazo de preaviso, o la exigencia de determinado tipo de causas)<sup>196</sup>.

Debe incluirse dentro de este ámbito aquellos convenios que establecen una regulación detallada, pero prácticamente idéntica a la legal<sup>197</sup>.

- Puede detectarse una variante de lo anterior que consiste en regular que se aplicará a la movilidad geográfica, la regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (ya sea la legalmente establecida o la recogida en el propio convenio)<sup>198</sup>.

- Exigencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, especificándose en algún caso la creación de nuevos centros como causa específica<sup>199</sup>. En realidad, en estos casos no estamos sino ante una situación similar a las remisiones al ET a las que anteriormente nos hemos referido, pues como sabemos, la exigencia de causa es uno de los elementos básicos de la regulación

---

<sup>196</sup> CC del sector de Servicios de Educación Ambiental de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid de 29 de octubre de 2022), art. 30; CC Cruz Roja Española, Asamblea Provincial de La Coruña (BOP La Coruña de 11 de octubre de 2022), art. 13; CC Provincial de la Hostelería de Cáceres (Diario Oficial de Extremadura de 17 de febrero de 2022), art. 30.

<sup>197</sup> CC marco estatal para empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), arts. 29 y 30.

<sup>198</sup> En este caso se trata de convenios colectivos del País Vasco; así el CCD de Interal, SA (BOP Guipúzcoa de 12 de diciembre de 2022), art. 35; CC de Géminis Lathes, SA (BOP de Guipúzcoa de 25 de noviembre de 2022), art. 38. No obstante hay excepciones, existiendo convenios de otras Comunidades Autónomas; así el CC de Serveo Servicios SA (BO Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2022), art. 26; Talleres de Escoriaza, SAU (BOP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 2022), art. 44; CC Chocolates y Bombones Natra Oñati, SA (BOP Guipúzcoa de 31 de octubre de 2022), art. 29; CC de GKN Dirveline Zumaia (BOP de Guipúzcoa de 23 de septiembre de 2022), art. 43; CC Urukunde, SA (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022), art. 11; CC DürrSystemsSpain, SA (BOE de 13 de abril de 2022), art. 36; CC Metalcaucho, SLU (BOP de Guipúzcoa de 30 de marzo de 2022), art. 50; CC de Refractarios Kelsen, SA (BOP de Guipúzcoa de 23 de febrero de 2022), art. 35; CC de T.M. Norma, SA (BOP de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2022), art. 45; CC BST Rods ,SA (BOE de 21 de enero de 2022), art. 13.

<sup>199</sup> CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 25; CC de Nokia Spain, SA (BOE de 16 de diciembre de 2022), art. 33; CC de CC Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art.17; CC Tapa Montera, SL (BO Comunidad de Madrid de 6 de agosto de 2022), art. 32; CC Tapa Tapa ANG,SL (BOP Barcelona de 5 de agosto de 2022), art. 30; CC Restaurant Singulars ANG, SL (BOP Barcelona de 9 de agosto de 2022), art. 30; CC Mus-solAng, SL (BOP Barcelona de 11 de agosto de 2022), art. 30; CC Artemio Nolla Furrioo (BOP de Barcelona de 13 de julio de 2022), art. 30; CC de Agrozumos, SA centro de trabajo de Lekumberri (BO de Navarra de 31 de mayo de 2022), art. 13; CC Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de Andalucía (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 15; CC Restaurants Madrid Ang, SLU (BO de la Comunidad de Madrid de 16 de abril de 2022), art. 32.

legal contenida en el ET y la negociación colectiva nada específica o concreta respecto de estas causas habilitantes de la facultad empresarial. No obstante, en algún caso podemos encontrar que se realiza una concreción de ciertas cuestiones causales, como la relativa a qué haya de entenderse en la empresa por causas vinculadas a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa<sup>200</sup>.

- En otros casos, se establecen límites a la capacidad empresarial de proceder a realizar los traslados (ya sean individuales o colectivos); así, en este sentido podemos encontrar cómo se requiere la necesidad de pacto colectivo o individual para proceder al traslado de los trabajadores<sup>201</sup>. En ocasiones la regulación es bastante taxativa, pues se establece que los traslados a centros de trabajo diferentes que supongan un cambio de residencia no pueden realizarse, salvo pacto en contrario o solicitud del trabajador; por lo tanto, que el punto de partida es la prohibición y que sólo es posible la movilidad si existe acuerdo o conformidad del interesado<sup>202</sup>. Otra modalidad de esta limitación es la exigencia del carácter voluntario de la movilidad para el trabajador, lo que va a suponer también a veces la exigencia de negociación individual con el afectado<sup>203</sup>. También encontramos “falsas prohibiciones”: supuestos en los que se prohíbe la movilidad geográfica, salvo que exista causa económica, técnica, organizativa o productiva, lo que reconduce la movilidad geográfica al régimen legal ordinario<sup>204</sup>.

En otros casos se admite la movilidad, pero siempre y cuando no suponga el cambio de residencia del trabajador, lo que en la práctica supondría impedir la aplicación del art. 40 ET<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Así el CC del grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022 (BOE de 28 de julio), art. 19.

<sup>201</sup> CC de Cajasur Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 47; CC Txapela ANG, SL (BOP de Barcelona de 8 de junio de 2022), art. 30.

<sup>202</sup> CC de Prezero Gestión de Residuos, SA (BOP Guadalajara de 29 de noviembre de 2022, art. 26; CC FCC Medio Ambiente, SAU (Hellín RSU-LV) (BOP Albacete de 9 de diciembre de 2022), art. 24; CC de CESPAGR, SA centro de Guadalajara (BOP Guadalajara de 21 de noviembre de 2022), art. 21; CC Robert Bosch España Fábrica Madrid SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 2 de mayo de 2022), art. 37; CC de Erlo Group, SL (BOP de Guipúzcoa de 15 de marzo de 2022), art. 11; CC Recolección de Cítricos de Artan Frut Coop (BOP de Castellón de 18 de diciembre de 2021), art. 20.

<sup>203</sup> CC de EulenSociosanitarios, SA (ayuda a domicilio de Oñati) (BOP de Guipúzcoa de 21 de junio de 2022), art. decimosexto dos.5; CC de Dialbilbo, SL (BOP de Vizcaya de 9 de junio de 2022), art. 12; CC Litografía Alvesa, SLU (BO del Territorio Histórico de Álava de 27 de diciembre de 2021), art. 32.

<sup>204</sup> CC sector privado de Residencias para la Tercera Edad, Servicios de Atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal en la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 17 de enero de 2022), art.

<sup>205</sup> CC de Garaipen Victoria Apustuak, SL (BOP de Vizcaya de 16 de diciembre de 2022), art. 18.

También es posible encontrar convenios en los que se prohíbe la movilidad geográfica, considerando a los trabajadores “fijos de centro”<sup>206</sup>.

- En aquellos convenios que contienen una regulación un poco más desarrollada, podemos encontrar reglas que mejoran algunos aspectos propios de la regulación legal. Por ejemplo, en materia de período de preaviso o plazo de notificación al trabajador afectado y a la representación de los trabajadores (recordemos que el ET establece en el art. 40.1 ET establece el plazo de 30 días de antelación al momento de efectividad del traslado)<sup>207</sup>. No obstante, otros convenios se limitan a señalar sólo el plazo legalmente establecido de 30 días<sup>208</sup>.

- En el mismo sentido que el caso anterior, podemos encontrar regulaciones sobre las compensaciones mínimas que han de abonarse a los trabajadores. Tal como hemos señalado anteriormente, la regulación sobre esta cuestión contenida en el art. 40.1 ET es bastante limitada, pues señala simplemente que los afectados tienen derecho a una compensación que comprenderá tanto gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que convengan las partes. Por lo tanto, estamos ante una cuestión que debería regularse a través de la negociación colectiva. Así, podemos encontrar que se fija una cuantía a tanto alzado de x meses de salario fijo<sup>209</sup>, o una cuantía a tanto alzado más un determinado porcentaje del salario o de alguna de las cuantías salariales<sup>210</sup>; incluso convenios que establece la compensación en función de la edad del trabajador afectado<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> CC de Prezero SAU Concello de La Coruña (BOP La Coruña de 14 de noviembre de 2022), Dips. Adic. 2ª.

<sup>207</sup> Por ejemplo, el CC de CC Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art.17, que fija un plazo de preaviso de 40 días. Por su parte, el CC de Jaso Equipos de Obras y Construcciones, SL (BOP de Guipúzcoa de 31 de octubre de 2022), art. 31 establece el plazo de 2 meses. El CC de Lufhansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022), anexo V establece un plazo de 40 60 días o de 80 días si el traslado afecta a todo un centro de trabajo o departamento. Un preaviso de tres meses establece el CC Urkunde, SA (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022), art. 11. Mucho más amplio es el preaviso del CC de Mondi Ibersac, SL, centro de Aranguren (BOP de Vizcaya de 21 de octubre de 2022), art. 35, que fija un plazo de preaviso de 6 meses que, a mi juicio, limita excesivamente la posibilidad de utilizar la movilidad geográfica como mecanismo de flexibilidad interna. Idéntico preaviso de 6 meses regula el CC de Artadi Alimentación, SL (BOP de Guipúzcoa de 3 de junio de 2022), art. 37. El CC de Erlo Group, SL (BOP de Guipúzcoa de 15 de marzo de 2022), art. 11 fija el preaviso mínimo en tres meses.

<sup>208</sup> CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 25; CC de Siemens Mobility, SLU (BOE de 11 de agosto de 2022), art. 37; CC Grupo Marítima Dávila (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 19.

<sup>209</sup> CC de CC Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art.17.

<sup>210</sup> CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 25.

<sup>211</sup> CC INPRALSA (Diario Oficial de Extremadura de 19 de enero de 2022), art. 42.

En otros casos se desarrolla mucho más esta cuestión y se contemplan compensaciones en forma de billetes de transporte público a favor del trabajador y familiares que vivan a sus expensas, transporte de mobiliario, ropa y enseres del hogar, gastos por contratación de suministros domésticos; además de una compensación basada en el salario o en ciertas cuantías del salario (salario base por ejemplo), o bien una indemnización a tanto alzado (que puede depender de la distancia a la que se encuentra el nuevo centro, incluso si está en el extranjero)<sup>212</sup>; llegándose incluso en ocasiones a abonar como compensación durante ciertos períodos de tiempo la diferencia en coste de vivienda de alquiler respecto de la vivienda en la localidad de origen, o bien la asunción por la empresa del coste de alquiler durante un plazo de tiempo<sup>213</sup>. Por cierto, debe tenerse en cuenta que si recurrido el traslado, se declara nulo, no existe obligación de devolver las cantidades percibidas en concepto de compensación de gastos<sup>214</sup>.

- En ocasiones se desarrolla la posibilidad de extinción del contrato de trabajo: el art. 40.1 ET establece la posibilidad de que los trabajadores afectados puedan extinguir su contrato de trabajo, con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y un tope de 12 mensualidades. Habitualmente los convenios que regulan esta cuestión establecen reglas que incrementan

---

<sup>212</sup> CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; Lufhansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022), anexo V; CC Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16; CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 25; CC de Siemens Mobility, SLU (BOE de 11 de agosto de 2022), art. 37; CC del grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022 (BOE de 28 de julio), art. 19; CC Grupo Marítima Dávila (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 19; CC estatal del sector de radiodifusión sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 12; CC Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, Agencias de Transportes, Despachos Centrales y Auxiliares, Almacenistas Distribuidores y Operadores Logísticos de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 45.

<sup>213</sup> CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; Lufhansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022), anexo V; CC Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16; CC del grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC Industria Siderometalúrgica de Cantabria (BO de Cantabria de 18 de julio de 2022), art. 44.

<sup>214</sup> SSTSJ de Canarias n1 1841/2010, de 29 de diciembre, AS 2011\1702; Baleares nº 90/2010, de 22 de marzo, AS 2010\1562.

la cuantía de tal indemnización<sup>215</sup>; sin embargo, tampoco faltan convenios que en este punto se limitan a remitirse al ET<sup>216</sup>. En todo caso, recordemos que la extinción del contrato es independiente de la impugnación de la decisión empresarial<sup>217</sup>.

- En otros casos se establecen reglas especiales para los supuestos en que se produzcan cierres de centros de trabajo, estableciendo el convenio ciertas reglas que suponen el traslado de trabajadores, pero lo más cerca posible del lugar originario de prestación de servicios<sup>218</sup>.

### C.5.4. El traslado individual en la negociación colectiva

#### C.5.4.1. La posible confusión entre traslados individuales y colectivos

De entrada, cabe hacer una advertencia: tal como hemos señalado en diversas ocasiones, la regulación convencional sobre esta cuestión suele ser bastante confusa. Si nos centramos en la figura de los traslados, debemos tener en cuenta que es posible que el convenio se refiera, como hemos visto, a los traslados sin diferenciar entre individuales y colectivos. En realidad esta situación no es tanto responsabilidad de una especial desidia de la negociación colectiva, sino una consecuencia de la propia regulación legal: recordemos que el art. 40 ET tampoco establece una diferencia clara y rotunda entre traslados individuales y colectivos, con dos regímenes jurídicos diferenciados, sino que la existencia de estas dos posibilidades se infiere de la propia regulación, pues tras establecer

---

<sup>215</sup> Así el CC de Penibética de Cervezas y Bebidas, SL (BOP de Córdoba de 19 de diciembre de 2022), art. 20, que establece la indemnización en 30 días de salario por año de servicio, y un tope de 18 meses de salario. Por su parte, el CC del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8, establece una indemnización de 25 días, si bien mantiene el tope de las 12 mensualidades. El CC de Dialbilbo, SL (BOP de Vizcaya de 9 de junio de 2022), art. 12, fija la indemnización en estos casos en 30 días de salario real por año de servicio, con un máximo de 18 meses. El CC Grupo Marítima Dávila (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 19 establece la indemnización en 25 días por año, con un límite de 18 mensualidades. El CC del sector de Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BO Castilla y León de 16 de marzo de 2022), art. 29, establece una indemnización de 30 días de salario por año de servicio, si fijar tope máximo, por lo que surge la duda de si en este caso se aplica el tope legal o, si no se debe aplicar tope alguno. El CC Provincial de la Hostelería de Cáceres (Diario Oficial de Extremadura de 17 de febrero de 2022), art. 31 fija la indemnización en 25 días de salario por año, con el máximo de 15 mensualidades. También es posible encontrar supuestos de incrementos en la cuantía indemnizatoria como consecuencia de condiciones más beneficiosas, así la STSJ de Andalucía nº 410/2018, de 7 de febrero, AS 2018\1475.

<sup>216</sup> Lufhansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022), anexo V.

<sup>217</sup> STSJ de Cataluña nº 2175/2011, de 24 de marzo, AS 2011\1126.

<sup>218</sup> CC de Cajasar Banco SAU (BO Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 47.

una serie de reglas generales en el apartado 1º, a continuación, se regula en el apartado 2º el traslado colectivo, al que se aplican ciertas reglas procedimentales (el período de consultas). Consecuentemente, si el traslado no cumple con el número mínimo de afectados regulado por el art. 40.2 ET, estaremos ante un traslado o varios traslados individuales.

A tenor de esta situación normativa, cabe señalar las siguientes consecuencias: en primer lugar, aun cuando no se establezca una distinción expresa entre traslados individuales y colectivos, es evidente que existen dos tipos diferentes. De un lado, aquellos que afectan a un número suficiente de trabajadores, dentro de un período de noventa días, que serían traslados colectivos; y, de otro lado, los traslados individuales, que son aquellos que sólo afectan a un trabajador o a una pluralidad de trabajadores, pero en número insuficiente para ser considerado colectivo. En segundo lugar, que las reglas generales establecidas en el apartado primero del art. 40 ET, afectan tanto a los traslados individuales como a los colectivos. Por último, que las reglas sobre el período de consulta con la representación de los trabajadores del apartado segundo del art. 40 ET, son específicas para el traslado colectivo.

Trasladar esta situación normativa puede generar algunos problemas en la negociación colectiva. Me refiero al hecho de que al regularse en muchos convenios el traslado, sin diferenciar expresamente entre individual o colectivo, puede ser conflictivo determinar si ciertas reglas se aplican a uno u a otro. Ciertamente podemos llegar a la conclusión de que toda la regulación convencional que se refiere a las condiciones comunes del apartado 1º del art. 40 ET, resultan de aplicación a ambos tipos de traslado. Así, la exclusión de la regulación legal de los supuestos de trabajadores en centros móviles o itinerantes, la exigencia de cambio de residencia para que podamos considerar que se trata de un traslado, la exigencia de causalidad, la previa notificación al interesado y a la representación de los trabajadores, la posibilidad de optar por la extinción indemnizada del contrato, y las compensaciones económicas en caso de aceptar el traslado. Ahora bien, ¿y si a estas condiciones se añaden otras que no se recogen en la regulación legal?, ¿son aplicables a ambos tipos de traslados? Entiendo que la respuesta debe ser positiva: siempre que el convenio no atribuya con claridad una determinada condición a los supuestos de traslados individuales o colectivos, es que es aplicable a las dos.

Situación similar es la relativa a las reglas procedimentales que puedan establecerse en el convenio. En principio, parecería que las reglas procedimentales son propias del traslado colectivo, pues el art. 40.2 ET requiere de un procedimiento de consultas y negociación con la representación de los trabajadores; por el contrario, el traslado individual puede determinarse por simple voluntad

unilateral del empresario. Por lo tanto, podría concluirse que en aquellos casos en los que el convenio, que no diferencia entre traslado individual o colectivo, regula un procedimiento de consultas, se está refiriendo al traslado colectivo. En la práctica ello va a suponer que la solución más adecuada es que cuando tengamos una regulación de este tipo, si no se refiere con claridad también a los traslados individuales o no hay argumentos que emanen de esa misma regulación para estimar que también se refiere a traslados individuales, habría que concluir que tal procedimiento es exclusivo de los traslados colectivos.

En todo caso, no hay que dar soluciones apriorísticas, sino que hay que estar a cada regulación en concreto, analizarla con detalle para determinar si se refiere a los dos supuestos o sólo a los traslados colectivos, sobre todo si estas reglas procedimentales no establecen un procedimiento de consultas homologable al contenido en el art. 40.2 ET, sino otro tipo de exigencias procedimentales diferentes.

#### *C.5.4.2. Traslados y negociación colectiva: reglas generales aplicables a todo tipo de traslado (individual o colectivo) y específicas para traslados individuales*

Analizamos ahora las reglas, específicas sobre traslados individuales o generales sobre todo tipo de traslado (referidas tanto a traslados individuales o colectivos). Sobre esta cuestión podemos encontrar, de entrada, regulaciones que se remiten simplemente a lo previsto en la normativa legal, añadiendo, si acaso, alguna especialidad mínima<sup>219</sup>. Una variante de esta posibilidad es, simplemente, la reiteración de ciertos aspectos del art. 40 ET de manera mimética (un buen ejemplo es el relativo a la exigencia de causalidad<sup>220</sup>).

---

<sup>219</sup> CC de Pescanova España, SLU centro de industrial Chapela (BOP de Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12; CC Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC Proinsener Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 22; CC de Panvelpa, SL, centros de trabajo de A Coruña, León, Asturias, Pontevedra y Salamanca (BOE de 28 de abril de 2022), art. 11; CC Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC Pescanova España, SL Centro industrial de O Porriño (BOP de Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12; CC de Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 43; CC Industrial del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21; CC de Restauravia Food, SLU (BOE de 17 de marzo de 2022), art. 9.

<sup>220</sup> CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC de la Federación de Fútbol de la Comunitat Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11.

Entre los convenios que entran a regular, más o menos detalladamente esta cuestión, podemos encontrar en ellos tanto reglas que se refieren a derechos ya contemplados por el ET en el art. 40.1 ET (en algunos casos estableciendo mejoras a dicha regulación legal), como reglas que amplían el conjunto de derechos laborales legalmente establecidos.

Así, en cuanto a las primeras (normas sobre derechos ya contemplados por el ET), podemos señalar diferentes cuestiones. De entrada, hay una especial preocupación por el período de preaviso, que legalmente es de 30 días con anterioridad a la fecha de su efectividad. Es frecuente encontrar ampliaciones o mejoras en dicho plazo<sup>221</sup>; pero también meras reiteraciones del plazo de 30 días<sup>222</sup>. En algún caso se establece además un contenido específico al documento de preaviso<sup>223</sup>. Se trata de una cuestión relevante, pues el incumplimiento del preaviso determina la nulidad del traslado<sup>224</sup>.

Justamente la mera reiteración del contenido legal es otra de las características que encontramos con cierta frecuencia en la negociación colectiva, sin que el convenio proceda a incorporar mejora alguna. Como sabemos ello es, en líneas generales, algo frecuente en la negociación de nuestro país, por lo que no resulta extraño que ocurra también en los casos de movilidad geográfica. Así, hay ejemplos de convenios que reiteran simplemente la exigencia de causalidad, sin desarrollo alguno de la cuestión<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41, que establece un plazo de preaviso de dos meses; CC de Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (BOP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art. 17. El CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63 lo fija en 40 días. El CC Urbaser, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17 fija el preaviso en 2 meses. Caso extremo es el del CC de Westrock Packaging Systems Spain, SL (BOP de Vizcaya de 3 de junio de 2022), art. 6.7, que fija el preaviso en un año, si bien se prevé que se prescinda del preaviso en casos de fuerza mayor. El CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6 establece, para el concreto supuesto de traslado de centros de trabajo, un preaviso anual.

<sup>222</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12; CC de Talleres Escoriaza, SAU (BOP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 2022), art. 44; CC estatal para empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29; CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de junio de 2022), art. 11; CC de Radio Popular, SA (BOE de 25 de julio de 2022), art. 33; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 21; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16.

<sup>223</sup> CC de Westrock Packaging Systems Spain, SL (BOP de Vizcaya de 3 de junio de 2022), art. 6.7; CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53.

<sup>224</sup> STSJ de Andalucía nº 2109/2016, de 16 de julio, AS 2016\1713.

<sup>225</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.

Otros supuestos de regulación convencional son los que desarrollan algún aspecto que el legislador remite a la negociación colectiva. Un ejemplo característico es el de la regulación de las compensaciones por gastos. De hecho, el propio art. 40.1 ET requiere el desarrollo de esta cuestión por la negociación colectiva. Como es lógico, en este caso la regulación puede ser muy diferente, tanto en cuanto a las cuantías en concreto como a los diferentes conceptos que deben integrar la compensación: gastos por vivienda, para estudios, de traslado y viajes propios y de la familia, traslado de mobiliario, alojamiento durante un período prudencial hasta encontrar residencia adecuada, etc.<sup>226</sup>. Incluso es posible percibir ayudas para vivienda, ya sea con carácter general<sup>227</sup>, o durante ciertos períodos de tiempo<sup>228</sup>; ayudas que pueden acumularse en un único pago en caso de adquisición de la vivienda<sup>229</sup>. En algún caso lo que se establece es una cantidad a tanto alzado (que puede sumarse o no a las compensaciones antes

---

<sup>226</sup> Así el CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29; CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC de Transmol Logística, SLU, centro de trabajo de Pamplona (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22; CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC de Corporación Alimetaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC Urbaser, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17; CC de Westrock Packaging Systems Spain, SL (BOP de Vizcaya de 3 de junio de 2022), art. 6.7; CC Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC de Frangosa Servicios, SL. (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC de Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 24; CC Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 38; CC de empresas de transporte de mercancías por carretera, agencias de transportes, despachos centrales y auxiliares, almacenistas distribuidores y operadores logísticos de la provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 45; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6; CC Asamblea Provincial de la Cruz Roja (Diario Oficial de Extremadura de 7 de febrero de 2022), art. 19; CC Montajes Leihoak, SLU (BO de Navarra de 18 de enero de 2022), art. 10.

<sup>227</sup> CC Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6.

<sup>228</sup> CC grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC de Westrock Packaging Systems Spain, SL (BOP de Vizcaya de 3 de junio de 2022), art. 6.7; CC de Panvelpa, SL, centros de trabajo de A Coruña, León, Asturias, Pontevedra y Salamanca (BOE de 28 de abril de 2022), art. 11.

<sup>229</sup> CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 21.

señaladas, o bien ser alternativas a dichas compensaciones)<sup>230</sup>, que puede ser diferente según la distancia a la que se encuentra el nuevo puesto de trabajo<sup>231</sup>. En otros convenios la regulación es mucho más simple, pues se limita a señalar la obligación de la empresa de compensar los gastos debidamente acreditados<sup>232</sup>.

Es censurable que el convenio, pese a la remisión legal, no desarrolle esta cuestión, ya sea por no regularla en absoluto; o bien por limitarse a reiterar lo ya señalado por la norma legal<sup>233</sup>.

Otro de los aspectos legales contemplados por la negociación colectiva es el derecho a la extinción indemnizada del contrato de trabajo, especialmente la regulación de incrementos o mejoras de la indemnización contemplada legalmente<sup>234</sup>;

---

<sup>230</sup> CC de Terminales Portuarias, SLU, centro de trabajo de Zierbena (COP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2022), art. 17; CC de Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12; CC de Transmol Logística, SLU, centro de trabajo de Pamplona (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22; CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC de Frangosa Servicios, SL. (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC de Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 24; CC Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 38; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA. (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 14; CC de empresas de transporte de mercancías por carretera, agencias de transportes, despachos centrales y auxiliares, almacenistas distribuidores y operadores logísticos de la provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 45.

<sup>231</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12, que fija compensaciones entre 7.500 y 25.000 euros, según la distancia. Por su parte el CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20 fija una cuantía fija, por cada 10 kilómetros en que se superen los 40 que determinan la aplicación de las reglas sobre traslados.

<sup>232</sup> CC de Pescanova España, SLU centro de industrial Chapela (BOP de Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12.

<sup>233</sup> CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de junio de 2022), art. 11; CC Pescanova España, SL Centro industrial de O Porriño (BOP de Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12.

<sup>234</sup> CC de Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12, que fija la indemnización en tres mensualidades de salario real por año de servicio, sin especificar tope alguno. El CC Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16 fija la indemnización en 25 días, con un tope máximo de 21 mensualidades de salario. El CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de junio de 2022), art. 11 fija la indemnización en 30 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Por su parte, el CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22 fija la indemnización en 25 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades. El CC Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20 establece la indemnización de dos mensualidades de salario por año de antigüedad reconocida en la empresa. También fija la cantidad en 30 días por año de servicio el CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA. (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 14.

pero también podemos encontrar convenios que se atienen simplemente a lo establecido por el ET sobre esta cuestión, sin introducir mejora alguna, o se limitan a remitirse a la regulación legal<sup>235</sup>.

En cuanto a la segunda posibilidad, regulación de nuevos derechos en caso de traslado, podemos encontrar diferentes posibilidades. Así, un plazo de incorporación al nuevo centro de trabajo<sup>236</sup>; o el derecho a una licencia retribuida para efectuar el traslado<sup>237</sup>. En otros casos se regula el derecho del trabajador afectado a no sufrir menoscabo alguno de las condiciones reconocidas en el puesto de trabajo de origen, especialmente en materia de jornada y distribución del tiempo de trabajo<sup>238</sup>. También se pueden encontrar convenios que, en los casos en que el afectado por el traslado tenga hijos en edad escolar, se procura que la efectividad del traslado no se produzca hasta la finalización del curso académico<sup>239</sup>.

También se fijan derechos que se configuran como límites a la posibilidad de que el empresario determine la afectación del traslado a ciertos trabajadores. Así, una vez trasladados, puede establecerse que ese trabajador no vuelva a sufrir nuevos traslados dentro de un plazo de tiempo determinado, o incluso con carácter general<sup>240</sup>. También podemos encontrar convenios que limitan la posibilidad de ser trasladados a una única vez a lo largo de la vida laboral<sup>241</sup>; o

---

<sup>235</sup> CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC de Pescanova España, SLU centro de industrial Chapela (BOP de Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12; CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC Pescanova España, SL Centro industrial de O Porriño (BOP de Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12.

<sup>236</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC Urbaser, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17.

<sup>237</sup> CC de Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12, que fija una licencia retribuida de siete días; CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de junio de 2022), art. 11; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22; CC de Panvelpa, SL, centros de trabajo de A Coruña, León, Asturias, Pontevedra y Salamanca (BOE de 28 de abril de 2022), art. 11; CC de empresas de transporte de mercancías por carretera, agencias de transportes, despachos centrales y auxiliares, almacenistas distribuidores y operadores logísticos de la provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 45.

<sup>238</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.

<sup>239</sup> CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16.

<sup>240</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22; CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 63; CC de Frangosa Servicios, SL. (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 24.

<sup>241</sup> CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6.

limita la posibilidad de ser trasladados en función de los años de servicio, de manera que los traslados sólo pueden afectar a trabajadores que tienen menos de esos años de servicio<sup>242</sup>.

En otros casos se contempla la posibilidad de retorno al puesto de trabajo original, estableciéndose en algunos casos incluso un derecho preferente sobre otros trabajadores<sup>243</sup>.

Podemos encontrar también reglas de carácter procedimental aplicables a los traslados individuales (afecten a un solo trabajador, o a una pluralidad de trabajadores que no alcanza el número suficiente para tener la consideración de colectivos). Así, se establece la necesidad de períodos de consulta con la representación de los trabajadores, audiencia previa al delegado sindical en caso de que el afectado esté afiliado a un sindicato, exigencia de documentación suficiente, negociación de las condiciones de traslado y, en caso de no alcanzarse acuerdo, acudir a procedimientos de solución extrajudicial. Como ya hemos indicado, se trata de una regulación que parecería estar destinada al traslado colectivo, pero al utilizar una redacción claramente individual (“el traslado de la persona trabajadora”, “si la persona trabajadora estuviera afiliada”), indica que resulta de aplicación también al supuesto de traslados individuales<sup>244</sup>. Una alternativa más simple es la de la exigencia de un previo informe de la representación de los trabajadores y la necesidad de que la empresa demuestre la urgencia de las necesidades<sup>245</sup>. En otros convenios encontramos cómo se establece la obligación de negociación entre la empresa y el trabajador afectado, con una antelación de hasta dos meses previa al traslado (aun cuando no se exige el acuerdo)<sup>246</sup>. En otros supuestos, se prevé que, entre el preaviso y un determinado momento previo a la efectividad del traslado, puedan presentarse solicitudes de otros trabajadores para optar al traslado, en cuyo caso, a igualdad de capacidad, pueda optar la empresa por quienes pretenden el traslado voluntario<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6.

<sup>243</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12; CC grupo Catalana Occidente (BOE de 25 de julio de 2022), art. 22; CC de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (BOE de 2 de junio de 2022), art. 61; CC Urbaser, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17; CC GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16.

<sup>244</sup> CC de Talleres Escoriaza, SAU (BOP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 2022), art. 44.

<sup>245</sup> Así el CC de Frangosa Servicios, SL. (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC de Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 24.

<sup>246</sup> CC de IMQ Analíticas, SL (BOP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2022), art. 34; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA. (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 14.

<sup>247</sup> CC de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43.

En ocasiones los trámites procedimentales son bien simples, pues se limitan a una mera información previa a los órganos de representación (lo cual puede, dicho sea de paso, confundirse con la obligación de preaviso del art. 40.1 ET)<sup>248</sup>. En otros casos, el procedimiento se atiene estrictamente a lo que se infiere del art. 40 ET: se producirá el traslado por decisión unilateral del empresario, basando con el preaviso y el abono de las compensaciones<sup>249</sup>.

Además de todo lo anterior, no podemos dejar de subrayar cómo existen convenios que, tras diferenciar entre traslados individuales y colectivos, regulan lo que denominan “garantías de carácter general” que suponen innovaciones en materia de tutela de los trabajadores y que, al tener ese carácter general, resultan de aplicación a ambos supuestos de traslados<sup>250</sup>.

No vamos a referirnos en este trabajo, sino que nos remitimos a su análisis en el Capítulo correspondiente a traslados colectivos y desplazamientos, a la regulación de la prioridad de permanencia frente a la movilidad geográfica, ni a la regulación de criterios de selección de los afectados por los traslados. Consideramos, que si bien son cuestiones que podrían afectar también a los casos de traslados individuales, están más relacionados con el mecanismo colectivo.

### **C.5.5. Movilidad geográfica individual por interés del trabajador: recepción por la negociación colectiva de los supuestos legales (reagrupamiento familiar, víctimas, discapacitados)**

Tal como ya hemos señalado, el art. 40 regula en sus apartados 3º, 4º y 5º diferentes supuestos de movilidad geográfica por interés del trabajador: en caso de traslados de uno de los cónyuges, si el otro es trabajador de la misma empresa, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo y, por último, trabajadores discapacitados con necesidad de recibir tratamiento fuera de su localidad de residencia.

Cada uno de estos supuestos es muy diferente del resto, teniendo una finalidad totalmente diferente uno respecto de los otros. Ciertamente la negociación colectiva podría regular estos supuestos, estableciendo (idealmente) mejoras o concreciones de la regulación legal o estableciendo las necesarias reglas de armonización entre los diferentes derechos preferentes

---

<sup>248</sup> CC de Radio Popular, SA (BOE de 25 de julio de 2022), art. 33.

<sup>249</sup> CC estatal para empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29; CC Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42.

<sup>250</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41.

que se establecen cuando concurren entre sí. Sin embargo, como vamos a ver la negociación colectiva no es excesivamente generosa en estos casos y se ha centrado, de manera casi exclusiva, en el supuesto de violencia de género. Pasemos ahora a analizar cada uno de estos diferentes supuestos.

#### *C.5.5.1. El derecho al traslado en caso de reagrupamiento familiar (traslado previo del cónyuge)*

El art. 40.3 ET establece que, en el caso del traslado de un trabajador, si tuviese un cónyuge trabajando para la misma empresa, éste último tendrá derecho al traslado a la misma localidad si hubiese puesto de trabajo disponible. Sobre esta cuestión debemos tener en cuenta ciertos elementos:

- Se trata de movilidad geográfica cuando se ha producido un previo traslado del cónyuge, sin que se distinga si era individual o colectivo; por lo tanto, en cualquier supuesto de traslado. Ello supone que el precepto legal limita el derecho del otro cónyuge sólo a estos supuestos de movilidad, no incorporando, por lo tanto, a los desplazamientos.

- En el caso anterior, el segundo cónyuge tiene un derecho al traslado, si trabaja para la misma empresa (no cabe, por tanto, esta posibilidad de traslado, si ambos trabajan para distintas empresas<sup>251</sup> –salvo que el convenio colectivo lo admita-). Por lo tanto, no se requiere que ambos trabajasen en el mismo centro de trabajo. De hecho, no se requiere que residieran en la misma localidad con anterioridad al traslado del primero.

- El segundo cónyuge tiene derecho al traslado a la misma localidad donde ha sido trasladador su cónyuge. Es decir, no tiene necesariamente que ser trasladado al mismo centro de trabajo que su cónyuge, sino a un centro de la misma localidad. No se establece la posibilidad de un traslado a un centro de diferente localidad, pero que permita a ambos cónyuges residir de manera conjunta.

- En todo caso, el derecho del segundo cónyuge está condicionado a que exista un puesto de trabajo. No se especifica si ha de ser del mismo grupo o categoría, por lo que, siempre que el trabajador acepte el cambio y, lógicamente, tenga la capacitación y/o titulación suficiente, podría ser trasladado a un puesto diferente del suyo original.

Como vemos la negociación colectiva podría regular diferentes aspectos: ampliar este supuesto de movilidad a otras situaciones diferentes del traslado; podría ampliarse el derecho al traslado a centros de diferente localidad que permitan una residencia conjunta; o puede regular o concretar categorías o grupos profesionales posibles.

---

<sup>251</sup> Vid. la STSJ de Cataluña nº 6947, de 24 de noviembre, AS 2016\40.

Dicho todo esto, ¿cómo se ha reflejado esta cuestión dentro de la negociación colectiva? Podemos encontrar diferentes formas de enfrentarse a esta cuestión. En primer lugar, podemos detectar la existencia de convenios colectivos que establecen mejoras sobre la regulación legal. Así, podemos señalar las siguientes mejoras que hemos encontrado entre la negociación colectiva de 2022:

a) De entrada, la regulación legal se refiere de manera expresa al derecho del cónyuge; es decir, que es necesario que exista una relación de carácter matrimonial, o, si se prefiere, que exista un determinado estado civil. Sin embargo, es posible señalar cómo hay convenios que amplían este derecho a supuestos de parejas de hecho<sup>252</sup>. Tal como se plantea la cuestión puede surgir la duda de si se trata de una pareja de hecho registrada (pareja de hecho en sentido absolutamente estricto), o si el derecho se extiende también a situaciones en las que no se ha accedido al registro. No obstante, en algún caso la cuestión se resuelve al utilizarse no ya la locución “pareja de hecho” (que parece remitirnos a la necesidad de registro), sino otra más amplia como “compañero/a con quien exista convivencia”<sup>253</sup>.

b) También debe tenerse en cuenta que el art. 40.3 ET posibilita el derecho al traslado, siempre que el trabajador trasladado inicialmente y su cónyuge trabajen para la misma empresa. Eso supone negar la posibilidad de traslado cuando el cónyuge del trasladado trabaja para una empresa diferente. Pues bien, es posible encontrar convenios en los que se amplía la posibilidad de traslado cuando se trata de trabajadores que prestan servicios en un grupo de empresas y no ya en una concreta empresa<sup>254</sup>.

En segundo lugar, podemos encontrar convenios que concretan alguno de los aspectos no excesivamente precisos de la regulación legal. Así, hemos visto que el art. 40.3 ET prevé un traslado a la misma localidad. De esta manera hay convenios que precisan que el traslado ha de producirse en el nuevo servicio o centro de trabajo donde se destinó al cónyuge trasladado<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> CC de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16.4; CC estatal del sector de radiodifusión comercial y sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 13.

<sup>253</sup> CC Federación de Fútbol de la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11.

<sup>254</sup> CC de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16.4.

<sup>255</sup> CC de la Comunidad Autónoma de Andalucía de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 18; CC del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 42.

De otro lado, en cuanto al nuevo puesto de trabajo que ha de ocupar el trabajador, el art. 40.3 ET se limita a señalar el derecho al traslado si hubiera puesto de trabajo; es decir, no determina si debe tratarse del mismo puesto o de un puesto dentro del mismo grupo o categoría profesional; de ahí que haya convenios que puntualizan que ha de tratarse de igual o similar puesto de trabajo<sup>256</sup>.

En tercer lugar, junto a las mejoras establecidas en la negociación colectiva, también encontramos regulaciones que se limitan a señalar derechos que están expresamente recogidos por el art. 40.3 ET. El supuesto más relevante es la reiteración de que estamos ante un derecho preferente, si bien no se entra a establecer criterio alguno de concreción cuando se presentan diferentes solicitudes preferentes de traslado (ya sea por el mismo motivo de previo traslado del cónyuge o del resto de supuestos en los que se establece esa misma preferencia, como en los arts. 40.4 y 5 ET)<sup>257</sup>. Ciertamente estos supuestos tienen preferencia sobre otros posibles traslados voluntarios u obligatorios; pero, tal como hemos señalado, nada se establece respecto de la concurrencia de preferencias. Podemos señalar algún caso en el que, respecto de movilidad geográfica voluntaria, al margen de las preferencias indicadas, además, se señala la posibilidad de acudir al a antigüedad como criterio de solución cuando existen varias solicitudes de traslado<sup>258</sup>.

Una cuestión interesante es que en estos casos en los que se regula el derecho al traslado del cónyuge, no se suele hacer referencia a si existe derecho también a compensación económica por estos traslados. Al no existir regulación sobre la cuestión y al no contemplarse esta cuestión en el art. 40.3 ET, la respuesta que ha de darse al interrogante de si se tienen derecho a las compensaciones del art. 40.1 ET, debe ser negativa. Ello es lógico, pues estamos ante un traslado por interés particular del trabajador. En este sentido, algún convenio colectivo señala expresamente respecto la movilidad por interés particular o voluntaria (donde se incluye en algunos casos los traslados por la previa movilidad del cónyuge) que los gastos serán soportados por el trabajador<sup>259</sup>; no obstante, algún convenio considera que ha de estarse al acuerdo alcanzado entre trabajador y empresario<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> CC de la Comunidad Autónoma de Andalucía de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 18; CC del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; .CC de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 42

<sup>257</sup> CC de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 16.4.

<sup>258</sup> En este sentido el CC de Arta Servicios Corporativos SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>259</sup> CC de Arta Servicios Corporativos SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>260</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.

Por último, es posible encontrar en la negociación colectiva supuestos en los que se plantea una variante del derecho preferente en caso de reagrupación familiar: cuando la empresa plantea el traslado de un trabajador con cónyuge o pareja en la misma empresa, se procurará trasladar a los dos al mismo tiempo, siempre que las necesidades empresariales lo permitan<sup>261</sup>.

#### *C.5.5.2. Movilidad geográfica de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo*

El segundo supuesto de movilidad geográfica por interés particular es el recogido por el art. 40.4 ET. Se trata de situaciones diferentes, si bien reciben el mismo tratamiento normativo por parte del ET, pese a que los intereses protegidos son bien diferentes.

De esta regulación debemos destacar diferentes aspectos:

- En primer lugar, que pese a tratarse de situaciones muy diferentes, la finalidad última es la de proteger a estas trabajadoras y trabajadores, su integridad física y la protección que ha de otorgarse a través de la asistencia social a dichas víctimas.

- En segundo lugar, a diferencia del supuesto anterior, no estamos realmente de una situación de traslado, pues puede ser una situación perfectamente temporal como veremos posteriormente.

- Al igual que en el caso anterior, estamos ante un derecho preferente y condicionado, pues sólo es posible el cambio de puesto de trabajo a otra localidad cuando, además de ser víctimas, deban abandonar la localidad donde venían prestando servicios, para ser destinados a otro puesto de trabajo, siempre y cuando la empresa tenga vacantes en cualquier otro centro de trabajo. Por lo tanto, sin dicha vacante, la movilidad no es posible.

- En este caso se puntualiza que el nuevo puesto de trabajo debe ser del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

- A los efectos de favorecer la movilidad, la empresa tiene la obligación de comunicar las vacantes existentes o las que puedan producirse en el futuro. Parece que dicha obligación surge una vez que la empresa tiene conocimiento de la consideración de víctima de estos trabajadores.

- En cuanto a la duración, inicialmente se plantea una movilidad geográfica de carácter meramente puntual: entre seis y doce meses. Es decir, en principio se trataría de un desplazamiento. Durante este período la empresa tiene obligación de reservar el puesto de trabajo original. A la finalización de dicho período, el

---

<sup>261</sup> CC estatal del sector de radiodifusión comercial y sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 13.

trabajador podrá optar entre regresar a su puesto de trabajo anterior, o mantenerse en el nuevo puesto (en este último caso estaríamos ya ante un traslado), desapareciendo la obligación de reservar el puesto de trabajo. Por último, el afectado también podrá optar por la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades; es decir, la misma indemnización establecida para las extinciones recogidas en el art. 40.1 ET.

En cuanto a la regulación por la negociación colectiva de esta cuestión, podemos decir que, si bien son supuestos regulados de idéntica manera por el legislador, en la negociación colectiva se regula fundamentalmente el caso de la violencia de género. Ello puede estar justificado, pues los casos de víctimas del terrorismo son muy reducidos, afortunadamente. En realidad, de los diferentes supuestos legales de movilidad geográfica por interés particular, el de violencia de género es, sin lugar a dudas el supuesto que más se ha incorporado a la negociación colectiva, con notable diferencia respecto de los otros casos regulados por el art. 40.3, 4 y 5 ET.

Pues bien, con carácter general podemos decir que la regulación negociada de este supuesto de violencia de género supone, normalmente, una mera transcripción de la regulación legal, sin que la negociación colectiva añada mucho más a los derechos que ya establece el ordenamiento legal. De esta manera, buena parte de los convenios colectivos son una reiteración de la regulación contenida en el art. 40.4 ET<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> *Vid.* CC de la empresa Gestión y Calidad Turística, Ciudad de Segovia SAU (BOP de Segovia de 14 de diciembre de 2022), art. 22; CC de Cajasur Banco, SAU (BO de la Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 67; CC de Verallia Spain, SA (BOE de 10 de diciembre de 2022), Disp. Adic. 4<sup>a</sup>; CC del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Palencia (BOP de Palencia de 9 de noviembre de 2022), art. 41; CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC de Aludium Transformación de Productos, SLU (BOP de Vizcaya de 29 de junio de 2022), art. 111; CC del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Ferroser, Servicios Auxiliares, SA –personal de limpieza del Hospital Nuestra Señora de Sonsoles (BOP de Ávila de 18 de abril de 2022), art. 37; CC Gestión y Control de Lorca, SA (BO de la Región de Murcia de 30 de marzo de 2022), art. 26; CC Clece, SA, centro de trabajo del Hospital General de Segovia (BOP de Segovia de 23 de enero de 2022); CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28; CC de Medinas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (B= de Castilla y León de 16 de marzo de 2022), art. 29; CC del Hospital Universitario de Salamanca y Hospital Virgen del Castañar de Béjar (BOP de Salamanca de 10 de febrero de 2022), art. 21; CC Sidenor Aceros Especiales, SL –oficinas generales- (BOP de Vizcaya de 4 de marzo de 2022), art. 17; CC Sidenor Investigación y Desarrollo, SA (BOP de Vizcaya de 4 de marzo de 2022), art. 17.; CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC del sector de Comercio en General del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 4 de febrero de 2022), art. 35; CC de Sidenor Aceros Especiales, SL, centro de trabajo de Vitoria (BO del Territorio Histórico de Álava de 4 de febrero de 2022); CC estatal de la Industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43; CC Verallia Spain de 16 de enero de 2023, SA (BOP de Burgos de 16 de enero de 2023).

Debe advertirse que, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE de 7 de septiembre) supuso alterar la regulación sobre duración del derecho a la movilidad geográfica, pues previamente se establecía una duración inicial de 6 meses con reserva del puesto. Con la actual redacción se señala que la duración inicial, con reserva del puesto oscila entre 6 y 12 meses (coincidiendo con el tope máximo de los desplazamientos temporales). Sin embargo, la más reciente Ley 4/2023 ha retornado a la duración de seis meses.

Pues bien, dado que estamos ante una alteración muy reciente y una corrección casi inmediata, es lógico que los convenios colectivos que se caracterizan por una traslación mimética de la regulación legal, no hayan procedido a incluir esta novedad. Ello supone que los convenios siguen, hoy día, refiriéndose exclusivamente a un período de 6 meses con derecho a la reserva del puesto de trabajo<sup>263</sup>.

En otros casos los convenios no establecen una transcripción de lo previsto por la regulación legal, sino que se señala simplemente que las víctimas de violencia de género tienen derecho, en los términos previstos por el ET, a la movilidad geográfica; es decir, se trata de meras remisiones a la regulación legal<sup>264</sup>. En otros casos, ni tan siquiera se produce la remisión expresa, sino que se

---

<sup>263</sup> CC de Cajasur Banco, SAU (BO de la Junta de Andalucía de 15 de diciembre de 2022), art. 67; CC de Verallia Spain, SA (BOE de 10 de diciembre de 2022), Disp. Adic. 4ª; CC del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Palencia (BOP de Palencia de 9 de noviembre de 2022), art. 41; CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC de Aludium Transformación de Productos, SLU (BOP de Vizcaya de 29 de junio de 2022), art. 111; CC Clece, SA, centro de trabajo del Hospital General de Segovia (BOP de Segovia de 23 de enero de 2022); CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28; CC de Medinas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BOP de Castilla y León de 16 de marzo de 2022), art. 29; CC del Hospital Universitario de Salamanca y Hospital Virgen del Castañar de Béjar (BOP de Salamanca de 10 de febrero de 2022), art. 21; CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la Industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43; CC Verallia Spain de 16 de enero de 2023, SA (BOP de Burgos de 16 de enero de 2023).

<sup>264</sup> CC de la Cruz Roja Española en Tarragona (BOP de Tarragona de 30 de septiembre de 2022), art. 55; CC estatal para la industria fotográfica (BOE de 5 de agosto de 2022), art. 10.9; CC Monedero Instalaciones y Servicios SA (BOE de 21 de julio de 2022), art. 43.4; CC del Sector de Empresas Cosecheras y Productoras de Tomate de Murcia (BO de la Región de Murcia de 18 de junio de 2022), art. 37; CC del sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Palencia (BOP de Palencia de 10 de junio de 2022), art. 51; CC del sector de obradores de Confeiterías del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 8 de julio de 2022), art. 35; CC de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Ávila (BOP de Ávila de 26 de abril de 2022), Disp. Adic. 3ª; CC Empresas de Transporte de personas por carretera en la provincia de Segovia (BOP de Segovia de 18 de marzo de 2022), art. 50; CC Nos Importas, SL (BOP de Alicante de 15 de marzo de 2022), art. 22; CC Sector Limpieza Pública Viaria de 21 de abril de 2022), art. 31; CC de la Federación de Fútbol de la Región de Murcia (BO de la Región de Murcia de 2 de marzo de 2022), art. 47.

señala simplemente que las trabajadoras víctimas de violencia de género tienen derecho a la movilidad geográfica<sup>265</sup>.

No obstante, es posible encontrar que en algunos convenios se establecen ciertas mejoras al régimen legal de estos supuestos de violencia de género. Así, por ejemplo, algún convenio amplía el plazo máximo de tiempo en que la trabajadora puede permanecer en el nuevo puesto de trabajo, que pasa a ser de hasta 24 meses máximos<sup>266</sup>; o convenios que prevén la prórroga de la duración inicial, previo informe del organismo público correspondiente<sup>267</sup>. Incluso es posible detectar algún convenio donde se plantea la posibilidad de que la víctima pueda solicitar el traslado del agresor (entendemos que ambos deben trabajar para la misma empresa)<sup>268</sup>.

En definitiva, estamos ante una regulación convencional bastante frecuente del supuesto de movilidad en caso de violencia de género, lo cual es bastante positivo; sin embargo, su contenido es, en la mayoría de los casos, reiteración de la regulación legal. Son escasas las mejoras y no se regulan cuestiones que pueden resultar necesarias, tales como la acreditación de la condición de víctima<sup>269</sup>, o la posibilidad de que la empresa soporte los gastos del traslado o desplazamiento.

---

<sup>265</sup> CC de Clínicas y Consultas de Odontología y Estomatología de la provincia de Ávila (BOP de Ávila de 1 de junio de 2022), art. 34; CC Hospital Santa Teresa, SA (BOP de Ávila de 20 de abril de 2022), art. 22.

<sup>266</sup> CC de la empresa Gestión y Calidad Turística, Ciudad de Segovia SAU (BOP de Segovia de 14 de diciembre de 2022), art. 22. También es el caso del CC de Sidenor Aceros Especiales, SL, fábrica de Reinosa (BO de Cantabria de 13 de junio de 2022), art. 17.4; Sidenor Aceros Especiales, SL, fábrica de Basauri (BOP de Vizcaya de 7 de abril de 2022), art. 17.4; CC Sidenor Aceros Especiales, SL –oficinas generales- (BOP de Vizcaya de 4 de marzo de 2022), art. 17; CC Sidenor Investigación y Desarrollo, SA (BOP de Vizcaya de 4 de marzo de 2022), art. 17.; CC de Sidenor Aceros Especiales, SL, centro de trabajo de Vitoria (BO del Territorio Histórico de Álava de 4 de febrero de 2022); CC sector privado de Residencias para la Tercera Edad, Servicios de Atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal en la Comunidad Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat de Valencia de 17 de enero de 2023), art. 33.

<sup>267</sup> CC de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 17.

<sup>268</sup> CC de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 17.

<sup>269</sup> Como excepciones, *vid.* los CC de Aludium Transformación de Productos, SLU (BOP de Vizcaya de 29 de junio de 2022), art. 111; o el CC de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BO de la Junta de Andalucía de 18 de mayo de 2022), art. 17; también el CC del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC Hospital Santa Teresa, SA (BOP de Ávila de 20 de abril de 2022), art. 22; CC Gestión y Control de Lorca, SA (BO de la Región de Murcia de 30 de marzo de 2022), art. 26; CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28; CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21.

to. En este último caso, no debemos perder de vista que, si bien estamos ante una movilidad por interés particular, también es cierto que la empresa tiene un puesto disponible que podría cubrirse por movilidad geográfica forzosa; por lo que negar las compensaciones al trabajador supone un ahorro de costes para la empresa.

En cuanto al supuesto de víctimas del terrorismo, se recoge en la negociación colectiva de manera menos frecuente. Podemos decir que los casos en los que se regula esta cuestión por convenio colectivo, éstos se limitan simplemente a realizar una trasposición casi literal de la regulación legal, sin que hayamos detectado variaciones o mejoras relevantes respecto de lo previsto por el art. 40.4 ET<sup>270</sup>.

### *C.5.5.3. Movilidad geográfica de personas con discapacidad*

El último de los supuestos de movilidad geográfica por interés particular recogido en la regulación legal es el de las personas con discapacidad (art. 40.5 ET). El objetivo de este supuesto de movilidad es garantizar la protección de la salud de aquellos trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica motivada por su discapacidad. En estos casos, tales trabajadores tienen derecho a ocupar otro puesto de trabajo vacante en un centro de trabajo en otra localidad, donde sea más accesible dicho tratamiento. A tenor de dicha regulación debemos tener en cuenta:

- Que se trata de un derecho reservado a trabajadores con discapacidad, sin que se exija grado alguno de la misma. Por lo tanto, no se reserva sólo a aquellos que tengan un alto grado de discapacidad.

- Es necesario acreditar la necesidad de recibir un tratamiento de los descritos en el art. 40.5 ET.

- Se trata de ocupar un puesto de trabajo en otro centro, de localidad diferente, donde sea más accesible el tratamiento en cuestión.

- Por último, ese derecho se reconoce en los mismos términos y condiciones que el establecido para víctimas de violencia de género o del terrorismo, pues hay una remisión expresa a esta cuestión en el art. 40.5 ET.

---

<sup>270</sup> CC de Verallia Spain, SA (BOE de 10 de diciembre de 2022), Disp. Adic. 4ª; CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28; CC Verallia Spain de 16 de enero de 2023, SA (BOP de Burgos de 16 de enero de 2023).

En cuanto a la regulación en la negociación colectiva, podemos señalar que se trata de un supuesto realmente escaso, pues apenas se presenta en la negociación colectiva.

En cuanto a la regulación del mismo, los pocos convenios que se refieren a esta cuestión se limitan a reiterar la regulación legal, sin establecer innovaciones de relevancia<sup>271</sup>. En otros casos se puntualiza que el nuevo puesto de trabajo ha de ser del mismo grupo profesional<sup>272</sup>; ahora bien, recordemos que esto no supone novedad alguna, pues el art. 40.5 ET señala que este derecho se disfruta en los mismos términos y condiciones que en el caso de víctimas de violencia de género o del terrorismo, y el art. 40.4 ET establece dicha puntualización.

### **C.5.6. Otros supuestos de movilidad geográfica individual por interés del trabajador (permutas, movilidad a solicitud del trabajador)**

Tal como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, la regulación legal ofrece una visión ciertamente limitada de la movilidad geográfica, reduciéndola sólo a situaciones en las que es necesario que se produzca un cambio de residencia del trabajador. Además, circunscribe la movilidad a situaciones basadas en el interés del empresario (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), salvo los concretos supuestos en los que se recoge una situación de movilidad por interés del trabajador, que como hemos visto se reduce a casos muy específicos (reagrupamiento familiar, víctimas o trabajadores discapacitados). Sin embargo, la realidad de la negociación colectiva es mucho más amplia, no sólo por el hecho de considerar en muchos casos de manera unitaria la movilidad funcional y la geográfica o incluso asimilar esta última al régimen jurídico de modificaciones sustanciales; además, podemos encontrar diferentes supuestos de movilidad por interés del trabajador, totalmente diferentes a los concretos supuestos que se regulan en el art. 40 apartados 3 a 5 ET. Así, podemos encontrar regulaciones que se refieren a la permuta entre trabajadores de diferentes centros de trabajo, el cambio de centro de trabajo a solicitud del propio trabajador, o la posibilidad de que empresario y trabajador alcancen un acuerdo sobre el cambio de centro de trabajo.

Un primer supuesto a tener en cuenta es el de las denominadas “permutas”. Como su denominación indica, en estos casos estamos en una situación en la que dos trabajadores de la misma empresa, pero de diferentes centros de trabajo,

---

<sup>271</sup> CC Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC Asociación de Atención Social Siloé (BOP de Jaén de 16 de marzo de 2022), art. 28.

<sup>272</sup> CC de Gestión y Control de Lorca, SA (BO de la Región de Murcia de 30 de marzo de 2022), art. 26.

cambian entre sí sus respectivos puestos de trabajo. Se trata de un supuesto en el que la negociación colectiva suele señalar los siguientes aspectos a tener en cuenta:

- La permuta no tiene que suponer necesariamente un supuesto de movilidad geográfica. Puede darse dentro de centros de la misma localidad, entre centros localidades diferentes sin necesidad de alterar la residencia, o requerir cambio de residencia<sup>273</sup>.

- Se requiere que haya coincidencia en la categoría profesional o en el grupo profesional o en las funciones a desarrollar<sup>274</sup>.

- Los trabajadores proponen a la empresa la permuta, pero ésta podrá aceptarla o no, reservándose la última palabra sobre esta cuestión, siendo normal que los convenios hagan referencia a las necesidades de la empresa, la capacidad o aptitud para el desempeño del trabajo en el nuevo puesto, la existencia de disponibilidad, la buena marcha de los servicios u otras fórmulas similares<sup>275</sup>.

- No procederán indemnizaciones o compensaciones económicas, pues se trata de un supuesto de movilidad por interés de los trabajadores<sup>276</sup>.

- El cambio puede originar modificación de las retribuciones, siendo ello aceptado por los trabajadores<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis.

<sup>274</sup> CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis; CC Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12; CC Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 62; CC de Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC estatal del sector de radiodifusión sonora (BOE de 28 de enero de 2022), art. 12 .

<sup>275</sup> CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis; CC Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12; CC Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC sector Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 12.

<sup>276</sup> CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis; CC Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12; CC grupo Redexis Gas (BO de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC Proinser Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 22; CC Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC Inneria Solutions, SL (BO Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

<sup>277</sup> CC Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12.

- Pueden establecerse exigencias como requerir un número mínimo de años de servicio en la empresa, un período mínimo de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o declarar no permutables puestos de trabajo ocupados por trabajadores cercanos a la jubilación<sup>278</sup>.

- No es habitual hacer referencia en estos casos a que el acuerdo de permuta regulará las condiciones del cambio de puesto de trabajo, pero es posible encontrar este tipo de referencia en algunos convenios<sup>279</sup>; llegando a admitirse en estos casos la posibilidad de acuerdos en materia de indemnización por gastos<sup>280</sup>.

Otros supuestos de movilidad geográfica por interés particular no regulado por parte del ET, son los supuestos de cambio del puesto de trabajo que se producen a solicitud del trabajador<sup>281</sup>. Como es lógico, en estos casos debe estarse al consentimiento empresarial, sin que se recoja en la negociación colectiva un derecho del trabajador al cambio de puesto de trabajo por su sola voluntad; en este sentido se recogen fórmulas similares a las que hemos señalado en caso de permuta. No obstante, en algún convenio detectamos que se refiere al derecho del trabajador al traslado en caso de vacantes dentro del mismo grupo profesional (a reserva de los derechos preferentes legales)<sup>282</sup>. Dado que estamos ante un supuesto de movilidad por interés particular del trabajador, no se recoge derecho alguno a compensación económica o se establece expresamente que no hay derecho a compensación<sup>283</sup>, salvo que por acuerdo se establezca lo contrario<sup>284</sup>.

---

<sup>278</sup> CC Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 62.

<sup>279</sup> CC sector de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53.

<sup>280</sup> CC Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25.

<sup>281</sup> CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis.

<sup>282</sup> CC Lidl Supermercados (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 19; CC grupo Redexis Gas (BO de 7 de septiembre de 2022), art. 19.

<sup>283</sup> CC grupo Redexis Gas (BO de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC Randstad Empleo ETT,SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC Proinser Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 22; CC de Panvelpa, SL (BOE de 28 de abril de 2022), art. 11; CC de Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC Inneria Solutions, SL (BO Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

<sup>284</sup> CC Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC Inneria Solutions, SL (BO Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29.

En estos casos de movilidad a solicitud del trabajador, teniendo en cuenta que es posible que haya múltiples trabajadores interesados, es posible encontrar convenios que regulan procedimientos a tenor de los cuales los interesados deben comunicar su voluntad a la empresa, que crea una base de datos o listado, con el fin de intentar cubrir las expectativas de quienes desean un cambio de lugar de trabajo<sup>285</sup>. Tampoco es extraño que se acuda a un criterio cronológico de preferencia; es decir, intentar atender las peticiones por orden de recepción en la empresa, o en caso de igualdad de fechas de recepción acudir al criterio de la antigüedad de los trabajadores o establecer como prioridad a atender (al margen de los supuestos legales) la de los trabajadores que hayan sido objeto de previos traslados ex art. 40 ET<sup>286</sup>.

Un tercer supuesto aparentemente cercano al anterior es el de la movilidad por acuerdo entre trabajador y empresa. Tal como acabamos de ver en el anterior supuesto de movilidad por solicitud del trabajador, la iniciativa es de este último; si bien se requiere que la empresa esté conforme. Sin embargo, en el caso de movilidad por acuerdo entre empresa y trabajador, dado que es un supuesto distinto, se trata de situaciones en las que es la empresa quien ofrece a los trabajadores la posibilidad de un traslado, alcanzando un acuerdo con ellos; acuerdo que resultará esencial para determinar las condiciones (especialmente económicas o de compensación) en que se va a desarrollar la movilidad geográfica<sup>287</sup>. En realidad, este supuesto es un traslado o un desplazamiento del art. 40 ET, si bien encubierto por la exigencia del acuerdo. Desde este punto de vista debemos ser especialmente cuidadosos para evitar que por el hecho de que el trabajador esté de acuerdo con un traslado o un desplazamiento, se obvien los derechos, especialmente económicos, regulados por el art. 40 ET. Es por ello que, en estos casos de movilidad geográfica por acuerdo entre empresa y trabajador, aun cuando se regule que se tendrá derecho a las compensaciones por gastos que se acuerden<sup>288</sup>, tales compensaciones no pueden ser menores que las legalmen-

---

<sup>285</sup> CC de Euskaltel, SA (BO del País Vasco de 18 de noviembre de 2022), art. 16.

<sup>286</sup> CC Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42.

<sup>287</sup> CC Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 62; CC Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC Proinser Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 22; CC sector de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Panvelpa, SL (BOE de 28 de abril de 2022), art. 11; CC de Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC Inneria Solutions, SL (BO Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC Inneria Solutions, SL (BO Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21.

<sup>288</sup> *Vid.* por ejemplo el CC de CC Cash Converters, SL y sociedades vinculadas (BOE de 26 de diciembre de 2022), art. 14 bis; CC grupo Redexis Gas (BO de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52.

te recogidas<sup>289</sup>, pudiendo encontrar convenios que, en la práctica, aplican unas compensaciones totalmente homologables a las de un traslado<sup>290</sup>.

Los supuestos de movilidad geográfica por solicitud del trabajador o por acuerdo, pueden regularse como mecanismos para la cobertura de los puestos de trabajo objeto de movilidad geográfica; es decir, cuando la empresa requiera acudir a la movilidad geográfica (traslado o desplazamiento), con carácter previo a aplicar lo previsto por el art. 40 ET, puede cubrir esas necesidades acudiendo a estos mecanismos; ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de la movilidad voluntaria (en algunos convenios se prevé expresamente la publicación en todos los centros de trabajo de una convocatoria de traslado<sup>291</sup>); de manera que si hay trabajadores que están interesados y solicitan esos puestos, serán ellos los seleccionados para el traslado o desplazamiento prioritariamente o en primer lugar<sup>292</sup>. En estos casos, no obstante, hay que insistir que es necesario el abono de las compensaciones legales, pues si bien los trabajadores tienen interés en el traslado/desplazamiento, estamos ante una originaria necesidad empresarial y estaríamos realmente dentro del ámbito del art. 40 ET. No faltan así, convenios que prevén expresamente esta necesidad<sup>293</sup>.

Un elemento común a todos estos supuestos que hemos visto en este epígrafe es que, para no establecer una situación de conflicto con los derechos legalmente reconocidos de movilidad geográfica por interés particular (agrupamiento familiar, víctimas o discapacitados), se establece que estas otras posibilidades de movilidad por interés particular no deben perjudicar los derechos preferentes de traslado o desplazamiento<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> En este sentido, el CC Aguas Danone, SA (BOP de Granada de 14 de noviembre de 2022), art. 12, establece la salvaguardia de que las condiciones no pueden ser inferiores a las legalmente establecidas.

<sup>290</sup> CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>291</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12; CC de Pescanova España, SL, centro industrial de O Porriño (BOP Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12.

<sup>292</sup> CC Gategourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36; CC Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC de Canal de Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20.

<sup>293</sup> CC de Pescanova España, SL, centro industrial de O Porriño (BOP Pontevedra de 29 de abril de 2022), art. 12.

<sup>294</sup> CC Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 42; CC Lidl Supermercados (BOE de 12 de septiembre de 2022), art. 19.

### **C.5.7. Traslados colectivos y desplazamientos<sup>295</sup>**

#### *C.5.7.1. Traslados colectivos y negociación colectiva*

##### **A. Régimen jurídico legal**

Tal como hemos venido señalado en el Capítulo anterior, el art. 40 ET, al regular los traslados, establece todo un conjunto de normas comunes entre traslados individuales y colectivos. Dichas reglas comunes se contienen en el apartado 1º del art. 40: exclusión del régimen jurídico del art. 40 ET de los trabajadores contratados para centros itinerantes, la exigencia de justa causa, la necesidad de notificación previa al trabajador/trabajadores afectados y a la representación de los trabajadores, con un plazo mínimo de 30 días, la opción de los afectados por la extinción indemnizada, la compensación de gastos generados por el traslado, la ejecutividad del traslado, y la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción social.

Estas cuestiones comunes al traslado individual y colectivo han sido analizadas en el Capítulo anterior, por lo que nos remitimos a dicho estudio, evitando así las innecesarias reiteraciones. Nos centramos ahora en el análisis de aquellas cuestiones que son exclusivas del traslado de carácter colectivo y, para ello hemos de estar a lo regulado por el art. 40.2 ET. Este precepto se preocupa, en primer lugar, de especificar qué se considera por traslado colectivo. A tenor del mismo, la determinación de qué haya de entenderse por traslado colectivo, se realiza en base a un criterio establecido para el despido colectivo (art. 51 ET), que, a su vez, se basa en lo dispuesto por la Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Se establece así una escala de trabajadores afectados dentro de un período de noventa días, en función del tamaño de la empresa. De esta manera, se considerará traslado colectivo, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que sean más de cinco trabajadores; o bien cuando en el período de 90 días:

- se trasladen al menos a 10 trabajadores, en empresas que ocupan a menos de cien trabajadores;

- se traslade al menos al 10% del número de trabajadores cuando la empresa ocupa entre cien y trescientos trabajadores;

- se traslade a treinta trabajadores en empresas que ocupan a más de trescientos trabajadores.

---

<sup>295</sup> Apartado realizado por Juan Gorelli Hernández, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

Si estamos dentro de esta escala de trabajadores afectados, se considera traslado colectivo, por lo que será necesario aplicar las exigencias del art. 40.2 ET, que consisten en la necesidad de que el traslado sea precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores<sup>296</sup>. El art. 40.2 ET establece, en clara sintonía con lo previsto por el art. 51 y 41 ET, todo un conjunto de reglas que ha de cumplir dicho período de consultas. En primer lugar, la duración máxima del mismo, que es de quince días.

Las consultas deben producirse entre la empresa y la representación de los trabajadores. Esta representación se integrará en una comisión negociadora y se concreta de conformidad a lo dispuesto por el art. 41.4 ET en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo (de hecho, debemos tener en cuenta que los traslados bien podrían ser considerados como un supuesto específico de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de hecho, tal como hemos analizado en el Capítulo anterior, no son precisamente raros los convenios colectivos que en materia de movilidad geográfica se remiten a la regulación de modificación sustancial de condiciones de trabajo). La comisión negociadora es única, aun cuando afecte a diferentes centros de trabajo, teniendo un número máximo de integrantes de 13 miembros por cada una de las partes.

Tal como se prevé expresamente, la comisión negociadora que representa a los trabajadores debe constituirse con carácter previo al inicio formal del período de consultas, por lo que la empresa ha de comunicar fehacientemente a los trabajadores su intención de iniciar el procedimiento de consultas para proceder al traslado colectivo. Para constituir la comisión disponen los trabajadores de siete días de plazo (o quince días si los trabajadores carecen de representación legal —la ampliación obedece en estos casos a que será más complicada la constitución de la comisión—). Agotado el plazo máximo de constitución de la comisión, la empresa podrá comunicar formalmente el inicio del período de consultas (debiendo comunicarlo a la autoridad laboral) y comienza el transcurso de los quince días de duración de dicho período. Si los trabajadores no han constituido la comisión dentro del plazo máximo, no se paraliza ni amplía dicho período de quince días de los que se dispone para el período de consultas.

El objetivo del período de consultas es analizar las causas motivadoras del traslado. Recordemos que se requiere justa causa para proceder al traslado (económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose que dentro de dichas causas se incluye las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial). Por lo tanto, el período de consultas sirve para despejar si existe causa o no justificadora del traslado; y si se estima la existen-

---

<sup>296</sup> En cuanto a este procedimiento, *Vid.* ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de la movilidad geográfica tras las reformas laborales 2010-2012”, *Revista de Derecho Social* nº 64 (2013), págs. 49 y ss.

cia de la misma por las partes, se negociará la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como la aplicación de medidas que atenúen las consecuencias negativas que, a consecuencia del traslado, van a sufrir los afectados por el mismo.

Se exige que durante el período de consultas ambas partes negocien de buena fe, con el objetivo de conseguir un acuerdo. Ahora bien, existiendo deber de negociar, no existe deber de acordar; por lo tanto, el período de consultas puede terminar con acuerdo o con falta de acuerdo. Caso de acuerdo con la propuesta de traslado (con las medidas oportunas de reducción de efectos o atenuación de consecuencias), se requiere un quorum de aprobación por parte laboral (mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados). En caso de desacuerdo, el empresario recupera su capacidad para decidir unilateralmente sobre el traslado. Sea por una u otra vía, el empresario, finalmente, comunica a los trabajadores su decisión, siendo de aplicación todo el conjunto de normas comunes reguladas en el art. 40.1 ET y que ya vimos en el Capítulo anterior (de especial interés son el preaviso, las compensaciones económicas o la posibilidad de la extinción indemnizada del contrato).

Contra la decisión del empresario se puede reclamar tanto por la vía de conflicto colectivo como a través de reclamaciones individuales de los trabajadores (téngase en cuenta que, si se acude a la primera de las vías de impugnación, se paralizan las reclamaciones de carácter individual que se hayan presentado).

Por último, debe tenerse en cuenta la posibilidad de sustituir, en cualquier momento, el procedimiento del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Pues bien, entre este conjunto de reglas procedimentales, podemos detectar que la mayor parte de la regulación analizada tiene un carácter claramente imperativo y, por lo tanto, no puede ser objeto de regulación por parte de la negociación colectiva (desde la propia delimitación del traslado colectivo, la determinación de la representación de los trabajadores, la exigencia de que sólo exista una única comisión negociadora, las exigencias de comunicación que pesan sobre el empresario, las mayorías de aprobación, o la exigencia de negociar de buena fe); pero también podemos encontrar reglas que pueden ser objeto de negociación colectiva, especialmente desde la perspectiva de introducir mejoras para los trabajadores, especialmente en materia de plazos. Por lo tanto, existe un margen para la actuación de la negociación colectiva en este ámbito.

Además, si bien en el Capítulo anterior hemos analizado cuál ha sido la recepción por la negociación colectiva del conjunto de reglas comunes a traslados individuales y colectivos, nos hemos centrado en el análisis de aquellos convenios que no han diferenciado entre uno y otro tipo de traslado. Por el contrario, ahora vamos a analizar convenios que sí establecen normas específicas sobre el traslado de carácter colectivo.

Por todo ello, tiene sentido que estudiemos la regulación en la negociación colectiva de los traslados colectivos.

## B. Aspectos procedimentales regulados por la negociación colectiva

Pese a ese carácter mayoritariamente imperativo de las reglas del art. 40.2 ET, es posible encontrar alguna intervención de la negociación colectiva en esta materia. En algunos casos esta intervención es absolutamente simple, pues se limita exclusivamente a señalar la necesidad de cumplir con el período de consultas con la representación de los trabajadores<sup>297</sup>.

En otros supuestos, si bien la regulación es un poco más elaborada, lo cierto es que nos encontramos ante meras remisiones, tremendamente escuetas, al procedimiento legalmente establecido, pues se limitan a señalar la necesidad del período de consultas, el plazo del mismo y el objetivo que se persigue<sup>298</sup>. En otros casos, el convenio es mucho más amplio en la regulación del procedimiento, pero se trata del mismo procedimiento que el establecido legalmente y, en su caso, con alguna desviación mínimamente reseñable del procedimiento legal<sup>299</sup>.

Sin embargo, también es posible encontrar convenios que añaden actuaciones a dicho procedimiento, con la clara intención de favorecer una mejor protección de los trabajadores. De esta manera, podemos encontrar convenios que establecen la necesidad de una memoria explicativa y razonada sobre las causas que motivan el traslado, así como la relación de las personas adecuadas

---

<sup>297</sup> CC estatal de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29; CC de IMQ Analíticas, SL (BOP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2022), art. 34; CC de Urbaser, SA (servicio de limpieza viaria, centro de trabajo de La Garriga) (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17.

<sup>298</sup> CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42.

<sup>299</sup> CC de Industrias Metalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC Industrial Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43.

para ser objeto de traslado o, al menos, la necesidad de aportación documental que acredite la necesidad del traslado<sup>300</sup>. En otros casos se señala la necesaria intervención y dictamen de la comisión paritaria del convenio ante la pretensión empresarial de proceder a un traslado colectivo, o se plantea la necesidad de acudir a una solución arbitral en los casos en que no se alcance un acuerdo<sup>301</sup>.

De otro lado, se puede establecer plazos de comunicación previa al inicio del período de consultas, al objeto, no ya de constituir la comisión negociadora, sino de habilitar un plazo de tiempo para estudiar la documentación que debe aportar la empresa para acreditar la necesidad del traslado<sup>302</sup>. También se fijan unos plazos de preaviso más amplios, para permitir así un mejor estudio de la propuesta empresarial<sup>303</sup>. En otros casos se amplía el período de consultas respecto de la regulación legal<sup>304</sup>.

Otra de las cuestiones que podemos encontrar regulada desde una perspectiva procedimental, es la relativa a la habilitación de un plazo, tras la finalización del período de consultas, a los efectos de que pueda producirse una adscripción voluntaria del personal a los puestos de trabajo que deben cubrirse en otros centros de trabajo mediante traslado; de manera que los trabajadores puedan

---

<sup>300</sup> CC de Corporación Alimentaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC de Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21.

<sup>301</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC del sector de comercio de alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; CC de Gategourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36; CC de Corporación Alimentaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC de Urbaser, SA (servicio de limpieza viaria, centro de trabajo de La Garriga) (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 17; CC de Industrias Metalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC de Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21.

<sup>302</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3, que fija un plazo de, al menos, treinta días hábiles, a partir de los cuales se habilita un plazo de 15 días para contrastar la documentación aportada por la empresa. El CC de Gategourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36, fija un plazo de preaviso tanto para los trabajadores como para la representación legal de los mismos de sesenta días; CC Industrial Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43.

<sup>303</sup> CC de Corporación Alimentaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57.

<sup>304</sup> El CC de Gategourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36 regula un plazo de 30 días que puede ampliarse a 90 días si afecta a 30 o más trabajadores. El CC de IMQ Analíticas, SL (BOP de Vizcaya de 16 de septiembre de 2022) establece un plazo de dos meses previo a la fecha de efectividad de los traslados.

optar a dichos nuevos puestos en localidad diferente<sup>305</sup>. En algunos casos la empresa se reserva cierta capacidad de exceptuar puntualmente esta posibilidad por razones de carácter profesional, capacitación u otros criterios objetivos<sup>306</sup>.

### C) Condiciones del traslado específicamente previstas en caso de traslado colectivo

Insistimos que se trata de una cuestión en la que vamos a centrarnos sólo en aquellos convenios que se refieren de manera expresa al traslado colectivo. En estos casos, realmente, no existen grandes diferencias con lo que ya hemos analizado en el Capítulo anterior, en el que constatamos cómo la mayoría de los convenios no diferencian entre traslados individuales y colectivos y estudiamos todo el conjunto de reglas comunes a unos y otros. Así, podemos encontrar supuestos como los siguientes:

- Ampliación del plazo de preaviso<sup>307</sup>. En otros casos, por el contrario, la negociación colectiva aplica el plazo legal de preaviso de 30 días<sup>308</sup>.

- Regulación de plazos de incorporación al nuevo centro de trabajo<sup>309</sup>.

- Garantía de respeto de todos los derechos adquiridos en el centro de origen<sup>310</sup>.

- Derecho a las compensaciones de gastos del trabajador y la familia (gastos de locomoción, transporte de enseres, alojamiento durante el tiempo necesario, etc.). En este caso no se aprecian diferencias específicas respecto de lo analizado en el Capítulo anterior<sup>311</sup>.

---

<sup>305</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3; CC estatal de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29.

<sup>306</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3.

<sup>307</sup> CC del sector de comercio de alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8, que lo amplía a 45 días.

<sup>308</sup> CC estatal de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29.

<sup>309</sup> CC del sector de comercio de alimentación de la provincia de La Coruña (BOP de La Coruña de 31 de octubre de 2022), art. 8; CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42.

<sup>310</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3; CC de Gate-gourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36.

<sup>311</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3; CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42; CC de Industrias Metalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 53; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 43.

- Se reitera lo establecido por la regulación legal en relación a la posibilidad de proceder a la extinción del contrato por parte de los trabajadores afectados por el traslado. También en este caso podemos encontrar convenios que regulan mejoras a la indemnización establecida por el art. 40 ET<sup>312</sup>.

- En algún caso puntual hemos encontrado la asunción por parte del empresario de procesos de formación profesional para lograr que los afectados por un traslado colectivo puedan adquirir, previamente al comienzo de su actividad en el nuevo centro, los conocimientos y habilidades que se precisan. Para ello se desarrollarán programas de formación técnica y de gestión, aplicados individualmente o de manera colectiva, incluyendo período de prácticas. Tales programas se imparten, en la medida de lo posible, dentro de la jornada laboral e implican que no se va a exigir a los trabajadores los niveles de rendimiento del puesto de trabajo hasta la finalización de dichos programas<sup>313</sup>.

#### D. Criterios de selección de los trabajadores afectados por el traslado

Tratándose de traslados colectivos, una de las cuestiones que puede tener mayor interés es la relativa a los criterios para determinar cuáles serán los trabajadores afectados por el traslado. En principio se trata de una cuestión que afecta directamente a las facultades directivas del empresario que, lógicamente, debe tener especialmente en cuenta cuáles son los puestos de trabajo que deben cubrirse en el centro de trabajo situado en otra localidad, de manera que se seleccione a trabajadores que deban tener similar capacidad o nivel profesional, pertenezcan al mismo grupo o categoría profesional. A partir de ahí, como es obvio, es necesario tener en cuenta los derechos de preferentes de los trabajadores regulados por el art. 40 ET en sus apartados 3 a 5. Pero, además, tratándose de un traslado de carácter colectivo, no es precisamente extraño que durante el período de negociación puedan establecerse criterios para precisar cuáles puedan ser los trabajadores afectados. De igual manera, la negociación colectiva ya puede tener incorporados criterios preestablecidos que afectan a la capacidad empresarial de determinar los trabajadores en cuestión.

---

<sup>312</sup> Así, el CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42 equipara la indemnización en estos casos a la propia del despido improcedente.

<sup>313</sup> CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 15.

De esta manera, un análisis de la negociación puede señalar los siguientes elementos para determinar la designación de los trabajadores que van a ser trasladados<sup>314</sup>:

- Existencia de responsabilidades familiares. Debe, no obstante señalarse, que la negociación colectiva, en estos casos no especifica qué ha de entenderse por tales responsabilidades familiares.

- Trabajadores con discapacidad que requiere de tratamiento de rehabilitación relacionados con su discapacidad (se trataría del supuesto inverso al ya estudiado en el art. 40.5 ET; es decir, trabajador que no debe ser trasladado pues recibe en la localidad donde reside de dichos tratamientos).

- Experiencia profesional.

- Menor antigüedad en la empresa.

- Trabajadores que tienen menos de una determinada antigüedad en la empresa.

- Proximidad entre el nuevo destino y el domicilio del trabajador.

- Edad de los trabajadores.

- Limitaciones al número de traslados que pueden afectar a los trabajadores, ya sea en función de la edad; o bien bloquear la posibilidad de nuevos traslados durante un plazo de tiempo tras el traslado anteriormente sufrido.

- Se preferirá a los trabajadores desocupados o que ocupan puestos con bajo nivel de actividad o cuyo trabajo sea menos apremiante. En definitiva, un criterio que se basa en trasladar prioritariamente a aquellos que, en esos momentos desarrollan una menor carga de trabajo.

---

<sup>314</sup> Podemos encontrar diferentes convenios que se refieren a esta cuestión, así el CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3; CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42; CC de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (BOE de 2 de junio de 2022), art. 61; CC Canal Isabel II, SA (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20; CC de Fundación de la Comunitat Valenciana Obra Social de Caja del Mediterráneo (BOE de 8 de marzo de 2022), art. 22; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 14; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021), art. 6.6.

- También pueden establecerse prohibición de traslado a ciertos colectivos, salvo que éstos presten su consentimiento: embarazadas, lactantes, trabajadores con reducción de jornada por motivos familiares, etc.

Debemos tener en cuenta que algunos de estos supuestos pueden contemplarse también como situaciones que dan lugar a un derecho de prioridad de permanencia, al que nos referiremos posteriormente (trabajadores con responsabilidades familiares, trabajadores de cierta edad o discapacitados). La cuestión es interesante, pues en la práctica ser titular de un derecho de prioridad de permanencia y ser beneficiario de un criterio de selección que resulta obligatorio para el empresario, generan el mismo efecto: que haya trabajadores que pueden evitar ser trasladados. Se produce así una cierta confusión de planos en esta materia.

En todo caso, se trata de criterios que, caso de no ser utilizados por el empresario, podrían permitir al trabajador demandar judicialmente frente a la orden de un traslado, con independencia de que exista justa causa, se haya respetado el procedimiento y se hayan abonado las compensaciones oportunas. De otro lado, no es necesario que en la notificación individual que se realice a los trabajadores se reproduzcan los criterios de selección que se hayan acordado con la representación de los trabajadores<sup>315</sup>.

Los anteriores criterios afectan a las personas que van a ser afectadas por el traslado; pero también es posible establecer criterios que afectan a la decisión empresarial respecto del puesto de origen o del puesto de destino: el traslado afectará a los centros de trabajo que tengan exceso de personal, se puede procurar que el destino de los trasladados se efectúa a centros lo más cercano posibles a la localidad donde se prestan servicios, necesariamente los trasladados deben ocupar puestos del mismo nivel retributivo y grupo profesional<sup>316</sup>.

Otra forma de proceder a la determinación de los afectados es utilizar el procedimiento, ya señalado, de ofertar durante un período las plazas a cubrir, para que se adjudiquen a los trabajadores que voluntariamente lo soliciten<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> SSTSJ de Andalucía nº 1463/2019, de 6 de junio, AS 2019\1735; nº 469/2018, de 17 de julio, AS 2019\86.

<sup>316</sup> CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42.

<sup>317</sup> CC estatal de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 29; CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre), art. 42; CC de Gate Gourmet Spain, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2022), art. 36; CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC de Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 43.

### *C.5.7.2. Desplazamientos y negociación colectiva*

#### A. Régimen jurídico legal de los desplazamientos

A diferencia de lo que ocurre con los traslados, el régimen jurídico de los desplazamientos es tremendamente sencillo, tal como se deduce de lo regulado por el art. 40.6 ET. Sirva de ejemplo de esta mayor simplicidad el que no se diferencia entre desplazamientos individuales y colectivos, de manera que, con independencia del número de afectados, el régimen jurídico es único. Ante todo, coincide con los traslados en el hecho de que es necesaria la alteración de la residencia de los trabajadores. Debemos insistir en que la movilidad geográfica, tal como se configura por el art. 40 ET supone necesariamente la alteración del lugar de residencia. Tampoco se establece en este caso un criterio específico para determinar cuándo es necesaria la alteración del lugar de residencia del trabajador, por lo que estimamos que el convenio colectivo puede resultar esencial en estos casos acudir a lo establecido en el convenio colectivo. Entendemos, igualmente, que, si el convenio colectivo regula esta cuestión sólo a los efectos del traslado, dicho criterio convencional también resulta de aplicación a los desplazamientos.

La principal diferencia que se produce entre traslado y desplazamiento es la relativa a la estabilidad de la movilidad geográfica: tal como ya señalamos en el Capítulo anterior, mientras que el traslado tiene carácter estable, el desplazamiento es meramente temporal. No obstante, es evidente que determinar cuándo la movilidad es realmente temporal, es una cuestión difícil; de ahí que el legislador haya establecido un criterio objetivo: según el art. 40.6 ET in fine, los desplazamientos que duren en un período de tres años más de doce meses, tendrán la consideración de traslado. Con dicha norma se abarca, por tanto, tantas situaciones en las que el desplazamiento es ininterrumpido y se superan los doce meses (estaríamos ante un traslado), como supuestos en los que se procede a desplazar al trabajador a otro centro de trabajo de manera intermitente a lo largo del tiempo. Una interesante cuestión que deriva de esta forma de regular la distinción entre traslado y desplazamiento es si esa movilidad geográfica debe producirse, en los diferentes episodios intermitentes, al mismo o diferente centro de trabajo.

Al igual que en los traslados, el desplazamiento es una institución de carácter causal, existiendo una evidente similitud con lo ya señalado al respecto en el traslado: para el desplazamiento se regula la necesidad de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien necesidades derivadas de contrataciones referidas a la actividad empresarial.

En cuanto a los derechos del trabajador, el art. 40.6 ET se refiere a la necesidad de que el empresario abone los gastos de viaje y dietas. Se concretan así las compensaciones si bien deja esta cuestión suficientemente abierta para que sea conveniente la intervención de la negociación colectiva. Además de estas compensaciones, se establece un plazo de preaviso, que deberá producirse con suficiente antelación. Se establece así una cierta indefinición de esta cuestión, lo que deja la puerta abierta a la intervención de la negociación colectiva; si bien en caso de desplazamientos de duración superior a tres meses, se señala que no podrá ser inferior a cinco días laborables. También para el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses, se establece el derecho a un permiso de cuatro días más los de viaje, por cada tres meses de desplazamiento, cuyos gastos (los del desplazamiento) deben correr a cargo del empresario.

Por último, al igual que ocurría en los traslados, la orden sobre un desplazamiento resulta tener carácter ejecutivo<sup>318</sup>, con independencia de que pueda recurrirse, siendo manifestación del principio *solve et repete*.

Obsérvese que no resultan de aplicación diversas normas que hemos analizado en el traslado, como el procedimiento de información y consultas, o la compensación de gastos de familiares. Pero, sobre todo, puede tener especial relevancia la cuestión relativa a la posibilidad de extinción indemnizada del contrato de trabajo<sup>319</sup>.

## B. Delimitación del desplazamiento por la negociación colectiva

Una de las primeras cuestiones sobre las que debemos llamar atención en la regulación convencional de los desplazamientos, es su propia delimitación. Tal como hemos visto, el legislador señala que el desplazamiento requiere que el trabajador resida fuera de la localidad de su domicilio habitual. Sobre esta cuestión debemos acudir a lo analizado en el Capítulo anterior sobre cuándo la negociación colectiva considera que debe producirse tal cambio: normalmente en función de la distancia en kilómetros, fijada en el propio convenio, entre el centro de origen y el centro de destino; si bien, se han añadido otros criterios a tener en cuenta. Es evidente que el mismo planteamiento se aplica a los supuestos de desplazamientos; por lo tanto, no vamos a reiterar esta cuestión.

---

<sup>318</sup> Ello supone que, si no se obedece, con independencia de la impugnación judicial, puede generar un despido del trabajador; así las SSTSJ de Castilla y León nº 88/2014, de 19 de febrero, AS 2014\717; Galicia nº 3234/2010, de 18 de junio, AS 2010\2158.

<sup>319</sup> Sobre la no aplicación de la extinción indemnizada a los supuestos de desplazamiento, *Vid.* la STSJ de Madrid nº 398/2019, de 8 de abril, AS 2019\2297.

Pero, además, el desplazamiento tiene carácter meramente temporal. Tal como señala el art. 40.6 ET *in fine*, los desplazamientos que superen los 12 meses en un período de referencia de 3 años tendrán la consideración de traslados a todos los efectos. Por lo tanto, el desplazamiento es una movilidad geográfica que tiene una duración máxima de 12 meses. De esta manera, hay convenios que definen el desplazamiento con precisión, señalado que, si el cambio de residencia es temporal, dicha movilidad geográfica se denomina desplazamiento<sup>320</sup>; o que incluso cierran la posibilidad al traslado estableciendo que, en caso de alcanzarse los 12 meses, el trabajador tiene derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo de origen<sup>321</sup>.

Sin embargo, podemos encontrar en la negociación colectiva situaciones en las que se reduce dicho plazo de 12 meses, considerando que la duración máxima de un desplazamiento no puede superar los 6 o menos meses dentro de un determinado período de referencia, que no necesariamente es el de 3 años (si bien, hay convenios que olvidan señalar este período de referencia)<sup>322</sup>. La duda que plantea una regulación de este tipo es, qué ocurre con aquellos desplazamientos que superen dicha duración, pero no alcancen la máxima legal para el desplazamiento. Realmente no tenemos problema interpretativo alguno si el propio convenio señala que en tales casos estaremos ante traslados. Estaríamos ante una norma convencional que pretende establecer una mejora de la regulación legal, al favorecer que la consideración de traslado surja antes que la determinada por el ET. Ahora bien, si nada establece el convenio colectivo en este sentido, ¿qué debemos entender? Desde mi punto de vista no sería posible entender que los desplazamientos que superan dicho plazo inferior, pero no alcanzan a la dura-

---

<sup>320</sup> CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC de Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52.

<sup>321</sup> CC de Asamblea Provincial de la Cruz Roja (Diario Oficial de Extremadura de 7 de febrero de 2022), art. 19.

<sup>322</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41. El CC de Euskaltel, SA (BO del País Vasco de 18 de noviembre de 2022), art. 14 establece una duración de 6 meses en un período de un año; o de 8 meses en un período de 2 años. El CC de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 43 señala el límite del año, salvo para los desplazamientos para trabajos de superior nivel retributivo, supuesto en el que se reduce a seis meses. El CC de Pescanova España, SLU –centro industrial Chapela- (BOP de Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12, establece que los traslados de duración inferior a tres meses tendrán la consideración de desplazamiento temporal; CC de URBASER, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 18. El CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23, establece una duración máxima de tres meses; en igual sentido el CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23. El CC de Canal de Isabel II (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20, diferencia entre desplazamientos dentro del ámbito geográfico del convenio, que no pueden tener una duración superior a tres meses y desplazamientos fuera del ámbito territorial del convenio, que no puede tener una duración superior a doce meses. El CC provincial de la actividad de Pastelería, Confitería, Bollería y Repostería (BOP de Ciudad Real de 5 de abril de 2022), art. 21, limita el desplazamiento a un plazo máximo de 6 meses.

ción máxima legal, no están sujetos a regulación alguna; pero tampoco pueden tener la consideración de auténticos desplazamientos, pues el propio convenio ha limitado esta figura. Desde mi punto de vista, la única solución posible es entender que, aun cuando no se establezca de manera expresa, estaremos ante traslados<sup>323</sup>.

Como hemos señalado, el art. 40.6 ET no diferencia entre desplazamientos colectivos o individuales, estableciendo un único régimen jurídico con independencia del número de trabajadores afectados. Sin embargo, es posible encontrar algún convenio que aplica la regulación sobre desplazamientos sólo a los de “naturaleza individual”<sup>324</sup>. El problema que plantea esta regulación es que no se establece en el convenio ningún criterio para diferenciar desplazamiento individual de colectivo. Ciertamente podríamos acudir por analogía a la regulación del traslado. Ahora bien, si consideramos desplazamientos sólo a los individuales, ¿qué norma aplicamos cuando el desplazamiento resulta ser colectivo?, ¿la regulación de los traslados colectivos?, o ¿significa esta regulación una limitación al empresario que no podrá acudir a los desplazamientos colectivos?

Por otra parte, debemos recordar cómo en el Capítulo anterior señalábamos la existencia de confusiones entre diferentes figuras consistentes en el cambio de puesto de trabajo. Así, podemos encontrar convenios que utilizan el término “desplazamiento” para movilidad que no supone el cambio de domicilio<sup>325</sup>; o que regulan conjuntamente traslados y desplazamientos<sup>326</sup>. No es extraño encontrar convenios que se refieren al desplazamiento bajo otras denominaciones tales como “comisión de servicio”, aun cuando se están remitiendo de manera expresa al art. 40 ET<sup>327</sup>; o “destacamento”<sup>328</sup>. También podemos encontrar el uso inadecuado por el convenio del término “desplazamiento” cuando se está refiriendo realmente a un traslado<sup>329</sup>.

---

<sup>323</sup> En algún caso hemos encontrado como el convenio colectivo establece que superar el plazo inferior de 12 meses fijado como límite al desplazamiento, debe ser considerado como un traslado, así el CC de CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23.

<sup>324</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14.

<sup>325</sup> CC de Montajes Leihoak, SLU (BO de Navarra de 18 de enero de 2022), art. 10.

<sup>326</sup> CC de Montajes Leihoak, SLU (BO de Navarra de 18 de enero de 2022), art. 10.

<sup>327</sup> Así, el CC de Euskaltel, SA (BO del País Vasco de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 43.

<sup>328</sup> CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23; CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23.

<sup>329</sup> CC de la empresa Residuos Sólidos Urbanos de Castilla La Mancha, SA (BOP de Ciudad Real de 4 de octubre de 2022), art. 9.

### C. Reglas sobre las condiciones del desplazamiento en la negociación colectiva

Como es habitual en la negociación colectiva, en muchas ocasiones vamos a encontrarnos convenios que reiteran simplemente reglas ya previstas legalmente. Tal como hemos visto, no se trata precisamente de una cuestión anómala y extraña; por lo tanto, es posible señalar diferentes convenios que se limitan, salvo concretas mejoras, a repetir lo señalado por el art. 40.6 ET<sup>330</sup>. También convenios que, de una manera aún más simple, se remiten directamente a la regulación del art. 40.6 ET<sup>331</sup>.

En ciertos casos encontramos que se reiteran concretas reglas legales que afectan a los desplazamientos, tal como es el caso de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores<sup>332</sup>. También es frecuente aludir a las causas justificadoras legalmente establecidas (normalmente se limitan a las económicas, técnicas, organizativas o de producción, si bien en algún caso se incluye las contrataciones consecuencia de la actividad empresarial)<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> CC de Avatel Telecom, SA (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 31; CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SA (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 24; CC BSH Electrodomésticos España, SA (BOP de Zaragoza de 10 de diciembre de 2022), art. 16; CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24; CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022, art. 54; CC provincial de la Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44.

<sup>331</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE de 27 de septiembre de 2022), art. 43; CC del grupo Redexis Gas (BOE de 7 de septiembre de 2022), art. 19; CC de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de julio de 2022), art. 11.

<sup>332</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 30; CC de CAPSA/CLAS/ASA/Geomer (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44.

<sup>333</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 30; CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24; CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC de GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC de Proinsener Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 21; CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21; . CC de Montajes Leihoak, SLU (BO de Navarra de 18 de enero de 2022), art. 10.

Sin embargo, en otras ocasiones vamos a encontrar convenios que asumen un papel más activo en la regulación de las condiciones de los desplazamientos. Así, hay determinadas normas de la regulación legal que requieren de cierto desarrollo por parte de la negociación colectiva. Un buen ejemplo es la previsión del art. 40.6 ET sobre el abono de gastos y dietas. En este caso, en la relación establecida entre ambas fuentes, el convenio debería asumir esa función de desarrollo. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el traslado, en el que dado su carácter estable se prevén medidas para que haya un efectivo traslado de la familia y del hogar, estableciendo compensaciones por el traslado de enseres, ayudas de vivienda, etc.; en los desplazamientos, que no son estables, se prevé sólo el abono de dietas, desplazamiento y los gastos de pernoctación del trabajador<sup>334</sup> (en algún supuesto hemos detectado la posibilidad de abono de gastos de viaje a la familia del trabajador<sup>335</sup>); si bien en algún supuesto se establece una cuantía fija (mensual y que se reduce proporcionalmente para los períodos de tiempo inferiores) de dietas<sup>336</sup>. En algún caso se puntualiza que la empresa facilitará provisión de dinero efectivo para atender los gastos consecuencia del desplazamiento<sup>337</sup>; en otros se puntualiza que los gastos de desplazamiento sólo se abonan si el desplazamiento no se realiza en vehículo de la empresa<sup>338</sup>. En otros casos se establece, al margen de las dietas, gastos de alojamiento y loco-

---

<sup>334</sup> CC de Avatel Telecom, SA (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 31; CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC de GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16; CC Empresas de Transporte por Carretera, Agencias de Transportes, Despachos Centrales y Auxiliares, Almacenistas Distribuidores y Operadores Logísticos de la provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 46; CC de Asamblea Provincial de la Cruz Roja (Diario Oficial de Extremadura de 7 de febrero de 2022), art. 19; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44; CC de la Federación de Fútbol de la Comunitat Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11.

<sup>335</sup> CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21.

<sup>336</sup> CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>337</sup> CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SA (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 24.

<sup>338</sup> CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39; CC de Grúas Adolfo Álvarez (BOP de Málaga de 17 de febrero de 2022), art. 41.

moción, una cantidad a tanto alzado como compensación al tiempo de desplazamiento<sup>339</sup>; o se establece el abono de kilometraje en caso de desplazamiento en vehículo del propio trabajador<sup>340</sup>. Suele ser habitual la exigencia de justificar los gastos<sup>341</sup>; lo cual no es sino un mecanismo de control por parte del empresario. Otra modalidad de control de dichos gastos es que sea el empresario quien contrate directamente los medios de locomoción, manutención o el alojamiento, de manera que no deban abonarse las dietas o compensaciones por tales motivos<sup>342</sup>. Por el contrario, en otros convenios se establece el abono de tales cuantías por adelantado<sup>343</sup>. En todo caso, debemos señalar también cómo es posible detectar convenios que lejos de desarrollar la regulación legal, se limitan a reiterar lo ya señalado por la norma legal, sin desarrollar mínimamente esta cuestión<sup>344</sup>.

También desde la perspectiva de una regulación que desarrolla lo establecido por la regulación legal, debido a su indefinición, podemos señalar la cuestión de los plazos de preaviso. Ciertamente hay un plazo legal mínimo, pero afecta sólo a los desplazamientos de duración superior a tres meses. En los de duración inferior no se establece una regulación mínima concreta, por lo que el convenio puede regular esta cuestión para concretar los plazos de preaviso, pudiendo encontrar tanto convenios que regulan el plazo de preaviso en casos de duración

---

<sup>339</sup> CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII.

<sup>340</sup> CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE de 28 de julio de 2022), art. 19; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11; CC de Proinsener Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 21; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39; CC de Grúas Adolfo Álvarez (BOP de Málaga de 17 de febrero de 2022), art. 41.

<sup>341</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11.

<sup>342</sup> CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39.

<sup>343</sup> CC de GPEx, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16.

<sup>344</sup> CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24; CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21.

inferior a los tres meses<sup>345</sup>, como convenios que simplemente reiteran la regulación legal y señalan que el preaviso debe producirse con plazo suficiente<sup>346</sup>. No suele establecerse cómo ha de producirse dicho preaviso, si bien algún convenio específica que ha de ser escrito<sup>347</sup>.

Pero junto a la regulación que o bien reitera la norma legal o la desarrolla, podemos encontrar auténticas mejoras del régimen jurídico legal. Estas mejoras pueden suponer el incremento de algunas de las condiciones legalmente establecidas. Así, podemos encontrar un incremento de los derechos de los permisos de los trabajadores, que recordemos son de 4 días cada tres meses (siempre que se supere una duración de tres meses). En este caso, se puede tanto ampliar el número de días de permiso, reducir el período de referencia,

---

<sup>345</sup> En este sentido, el CC BSH Electrodomésticos España, SA (BOP de Zaragoza de 10 de diciembre de 2022), art. 16 establece un preaviso de 4 días laborales para el caso de duración superior a 15 días de traslado; y 5 días laborales en caso de desplazamiento superior a tres meses. El CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII, se limita al plazo de los cinco días en todo caso de desplazamiento. Por su parte, el CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24, señala el plazo de cinco días para los desplazamientos de duración superior a tres meses. De igual manera a este último el CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48. El CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24 establece un preaviso de cinco días para el desplazamiento de duración inferior a tres meses y de quince días para los que superen dicha duración. El CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11 establece un plazo general mínimo de cinco días para todo supuesto de desplazamiento. El CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21 fija plazos de preaviso en función de los días de duración del desplazamiento y para los casos concretos de duración inferior a tres meses lo fija en cero días si el desplazamiento dura entre uno a quince días (lo cual consideramos contrario a la legalidad, pues el art. 40.6 ET habla de la necesidad de preavisar con antelación suficiente y es evidente que en este caso ni tan siquiera hay preaviso), dos días de preaviso si el desplazamiento dura entre 6 y 14 días y cuatro días de preaviso si el desplazamiento dura entre 15 días y tres meses.

<sup>346</sup> El CC de Proinsener Energy Service, SL (BOP de Sevilla de 27 de mayo de 2022), art. 21 se limita a reiterar la redacción legal de esta cuestión; de igual manera el CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022, art. 54. También el CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39; CC provincial de la Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44.

<sup>347</sup> CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24; CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC provincial de la actividad de Pastelería, Confitería, Bollería y Repostería (BOP de Ciudad Real de 5 de abril de 2022), art. 21; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39; CC provincial de la Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44.

o ambas cuestiones<sup>348</sup>. En algún convenio hemos encontrado el derecho a 1,33 días de permiso por mes completo de desplazamiento<sup>349</sup>. En otros, junto con la regulación del permiso de idéntica manera a los términos legales, se añaden permisos cuando la duración del desplazamiento es inferior a los tres meses<sup>350</sup>. Normalmente en todos estos casos se reitera la puntualización legal a tenor de la que no puede computarse dentro de tal período de permiso el tiempo de viaje, así como que los gastos del desplazamiento deben correr a cargo de la empresa. En algún caso se prevé la posibilidad de acumular estos períodos para su disfrute único o incluso añadirse a los períodos de vacaciones, Semana Santa o Navidad<sup>351</sup>. Como es lógico, también existen convenios que se limitan en estos casos a reiterar la norma legal sobre el permiso de cuatro días por cada tres meses, sin incremento alguno de los derechos de los trabajadores<sup>352</sup>. Anómalamente

---

<sup>348</sup> Así, el CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41 establece un permiso retribuido de 5 días cada 2 meses de desplazamiento; obsérvese, además, que en este caso tampoco es necesario para acceder a este derecho, que la duración del desplazamiento sea mayor a tres meses. El CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SA (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 24 incrementa los días de permiso a 5, pero mantiene el período de referencia de tres meses. El CC de CAPSA/CLAS/ASA/Geomer (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57, fija el permiso en cuatro días laborales, dada dos meses de desplazamiento, pudiendo acumularse. El CC de URBASER, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 18 establece un permiso de cinco días cada dos meses de desplazamiento. El CC de Canal de Isabel II (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20, establece tres días de descanso (uno por mes) por desplazamientos de duración máxima de tres meses; y seis días de descanso (dos por mes), por desplazamientos de duración máxima de tres meses, si el nuevo puesto está a más de 30 kilómetros de distancia.

<sup>349</sup> CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>350</sup> Así, el CC de GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16, además del permiso legalmente establecido, regula un permiso de un día en caso de desplazamientos de un mes; y un permiso de dos días para desplazamientos entre un mes y dos meses.

<sup>351</sup> CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21.

<sup>352</sup> CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14; CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24; CC de Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24; CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 54; CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21; CC provincial de la Industrias Siderometalúrgicas de Toledo y su provincia (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC Empresas de Transporte por Carretera, Agencias de Transportes, Despachos Centrales y Auxiliares, Almacenistas Distribuidores y Operadores Logísticos de la provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 46; CC de la Federación de Fútbol de la Comunitat Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11.

podemos detectar algún convenio que reduce este derecho (y, en consecuencia, resulta contrario a la ilegalidad, por lo que dicha cláusula resulta nula)<sup>353</sup>.

En otros casos, hemos encontrado que, si se supera la duración de tres meses del desplazamiento, el trabajador tiene derecho a regresar a su domicilio un fin de semana al mes, asumiendo la empresa el coste; en estos casos, al margen de lo inadecuado de la redacción de la norma (el trabajador podrá regresar a su domicilio fuera de los días de trabajo cuando considere oportuno), se regula que estos desplazamientos a su domicilio sean a costa de la empresa<sup>354</sup>. Ahora bien, aun cuando se trate de una aparente mejora (un fin de semana al mes en vez de cuatro días de permiso cada tres meses); es evidente que sustituir días de permiso retribuido por el abono de los desplazamientos en tiempo de descanso, no respeta el derecho legalmente previsto por el art. 40.6 ET.

En otros casos lo que se plantea por el convenio es una cuestión diferente, pero relacionada con los permisos periódicos: el abono de los gastos de viaje de ida y vuelta que se desarrollen semanalmente (normalmente en fin de semana), llegando incluso a prever la posibilidad de subvencionar los viajes de familiares al lugar donde se ha desplazado al trabajador<sup>355</sup>. En otras situaciones, tras regular el derecho al permiso de cuatro días laborables cada tres meses, se establece que no hay lugar a dicho permiso si la empresa asume los gastos de ida y vuelta al domicilio habitual en los días no laborables<sup>356</sup>.

También podemos encontrar convenios que mejoran el plazo de preaviso legalmente establecido. En realidad, como hemos visto el legislador se limita a señalar que el preaviso debe darse con “antelación suficiente” y sólo en caso de que el desplazamiento dure más de tres meses, señala un plazo mínimo de cinco días de antelación; por lo tanto, respecto de los desplazamientos de duración inferior a tres meses, no estamos ante una mejora, sino ante el desarrollo convencional de la previsión legal. Por el contrario, si son posibles las mejoras, por el incremento de los plazos de preaviso en caso de desplazamientos de duración

---

<sup>353</sup> El CC provincial de la actividad de Pastelería, Confitería, Bollería y Repostería (BOP de Ciudad Real de 5 de abril de 2022), art. 21, fija tres días laborales de estancia en el domicilio cada tres meses de desplazamiento.

<sup>354</sup> CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48.

<sup>355</sup> Sobre estas distintas posibilidades, *Vid.* CC BSH Electrodomésticos España, SA (BOP de Zaragoza de 10 de diciembre de 2022), art. 16; CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII; CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24; CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>356</sup> CC de Randstad Empleo ETT, SAU (BOE de 1 de julio de 2022), art. 11.

superior a tres meses<sup>357</sup>. Como es lógico, también hay convenios colectivos que se limitan a reiterar el plazo mínimo de preaviso de cinco días en estos casos<sup>358</sup>.

Otro ejemplo de esta regulación es la ampliación de los derechos de prioridad de permanencia, concretando supuestos que van más allá de la representación de los trabajadores<sup>359</sup>.

También es posible reducir el plazo de duración del desplazamiento, de modo que se establezca por debajo de los 12 meses, cuestión a la que ya nos hemos referido al analizar la delimitación de la figura del desplazamiento en la negociación colectiva<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> El CC de Avatel Telecom, SA (BOE de 23 de diciembre de 2022), art. 31, fija un preaviso de 30 días naturales, como mínimo, en caso de desplazamientos de duración superior a 6 meses; y de 30 días naturales si tiene una duración inferior a esos 6 meses. El CC de Euskaltel, SA (BO del País Vasco de 18 de noviembre de 2022), art. 14 fija el período de preaviso en 7 días con carácter general, ampliado a 15 días en caso de duración superior al mes. El CC del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 14 establece el plazo general de cinco días, salvo en desplazamientos de duración superior a tres meses, estableciendo en este caso un preaviso de quince días naturales. El CC de Pescanova España, SLU –centro industrial Chapela- (BOP de Pontevedra de 29 de junio de 2022), art. 12 establece un preaviso de una semana de antelación si el desplazamiento tiene una duración inferior a tres meses. El CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24, fija un preaviso de 15 días para los desplazamientos de duración superior a tres meses. El CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30 establece un período de preaviso general de un mes de antelación. En el CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21 se fijan diferentes plazos de preaviso en función del tiempo de desplazamiento, de manera que en el concreto supuesto de duración superior a tres meses se señala que, en casos de duración entre tres y seis meses, el plazo de preaviso es de cinco días, pero cuando es superior a seis meses es de seis días. El CC provincial de la actividad de Pastelería, Confitería, Bollería y Repostería (BOP de Ciudad Real de 5 de abril de 2022), art. 21, establece un plazo general de preaviso de treinta días.

<sup>358</sup> CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Grúas Adolfo Álvarez (BOP de Málaga de 17 de febrero de 2022), art. 41.

<sup>359</sup> Así, el CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41 señala a los trabajadores con cargas familiares y las trabajadoras embarazadas. El CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24 se refiere, además de los representantes a los disminuidos físicos y psíquicos y a las trabajadoras embarazadas. De igual manera el CC de CAPSA/CLAS/ASA/Geomer (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57, que se remite en este punto a la regulación de los traslados que incluye a representantes, embarazadas o trabajadores con hijos menores de un año, minusválidos y personas con cargas familiares. El CC de URBASER, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 18, señala, además de a los representantes de los trabajadores a trabajadoras embarazadas y trabajadores con cargas familiares. El CC de GPEX, SAU (Diario Oficial de Extremadura de 12 de mayo de 2022), art. 16 se refiere a los trabajadores que disfruten de la acumulación por lactancia y los que han reducido su jornada laboral por cuidado de hijos, familiares hasta el primer grado de consanguinidad o personas a su cargo.

<sup>360</sup> V.gr., el CC de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SA (BO de la Comunidad de Madrid de 24 de diciembre de 2022), art. 24, mantiene el límite de los 12 meses de desplazamiento, salvo en casos de desplazamiento a centros fijos de la empresa, en cuyo caso el desplazamiento no puede ser superior a 6 meses.

En otros casos, se trata de establecer mecanismos o condiciones que el propio régimen legal no contempla, mejorando de esta manera la protección de los trabajadores afectados por un desplazamiento. Un buen ejemplo de ello puede ser algún convenio que exige la tramitación de un período de negociación y consultas en los desplazamientos; ya sea con el trabajador y/o la representación de los trabajadores; o se requiere que la representación emita un previo informe<sup>361</sup>. Además, en estos casos, hay que tener en cuenta que, en el desplazamiento, ni la regulación legal, ni la colectiva (normalmente esta última), diferencia entre individuales y colectivos, por lo que el procedimiento de negociación y consultas resulta de aplicación a todo supuesto de desplazamiento, con independencia del número de afectados. Desde una perspectiva más simple, se plantea por algún convenio colectivo la necesidad de que se informe o comunique a la representación de los trabajadores de los desplazamientos de trabajadores<sup>362</sup>; o que deba oírse a la representación de los trabajadores cuando no hay acuerdo entre empresario y trabajador al que se plantea el desplazamiento<sup>363</sup>.

Otro ejemplo de reglas no previstas por la regulación legal es la posibilidad de establecer que, en la determinación de los afectados por el desplazamiento, sea obligatorio para la empresa ofrecer previamente la posibilidad de que se presenten voluntariamente trabajadores para dicho desplazamiento, teniendo prioridad en este caso para ser destinados temporalmente al otro centro de trabajo, siempre que tengan la capacidad suficiente para ocupar el puesto de trabajo de destino<sup>364</sup>. Incluso algún convenio establece para ciertos traslados la exigencia de voluntariedad para el trabajador, limitando así la capacidad empresarial<sup>365</sup>. De manera similar, hay convenios que plantean que el empresario proponga a los trabajadores que considere adecuados el desplazamiento y si estos no lo aceptan, a partir de ahí se procederá a la designación obligatoria, salvo aplica-

---

<sup>361</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), art. 30; CC de URBASER, SA (BOP de Barcelona de 1 de julio de 2022), art. 18.

<sup>362</sup> CC de empresas de Seguros Catalana Occidente, SAU de Seguros y Reaseguros y otras empresas del sector (BOE de 25 de julio de 2022), art. 24; CC de CAPSA/CLAS/ASA/Geomer (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Canal de Isabel II (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20.

<sup>363</sup> CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23; CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23.

<sup>364</sup> CC de Nissan Motor Ibérica, SA –centro de trabajo de Ávila- (BOP de Ávila de 28 de septiembre de 2022), Anexo VII; CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30; CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23; CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 23.

<sup>365</sup> CC de Canal de Isabel II (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20, en relación a desplazamientos fuera del ámbito geográfico del convenio.

ción de las reglas sobre prioridad de permanencia<sup>366</sup>. En otros casos se regula el carácter rotativo de las personas que se verán afectadas por los desplazamientos<sup>367</sup>, llegando a asegurarse que el trabajador no volverá a verse afectado por el desplazamiento hasta que no hayan sido afectados todos los trabajadores que desempeñan el mismo puesto de trabajo<sup>368</sup>. También podemos encontrar algún convenio en el que la empresa debe proponer el desplazamiento a la persona que considere apta y de no cubrirse el puesto por esta vía, el desplazamiento deviene obligatorio<sup>369</sup>; lo cual no parece que tenga excesivo sentido.

Por último, entre estas reglas no previstas legalmente, puede resolverse de manera expresa el problema de si el tiempo invertido en los desplazamientos se considera tiempo de trabajo, señalando algún convenio que dichos desplazamientos deben realizarse durante la jornada y que en caso de que se produzcan fuera de la jornada, deben tener la consideración de horas extraordinarias<sup>370</sup>.

También hay convenios que aseguran al trabajador las condiciones de trabajo de origen, cuando en el nuevo destino se desarrollan condiciones inferiores, llegando incluso a prever esta posibilidad cuando el desplazamiento es trasnacional<sup>371</sup>. En referencia a este último tipo de desplazamientos, destaca que son muy escasos los convenios que prevén esta posibilidad y la regulan<sup>372</sup>.

### *C.5.7.3. Derechos de prioridad de permanencia*

Una cuestión que resulta común tanto a traslados (individuales como colectivos) y desplazamientos es la regulación de derechos de prioridad de permanen-

<sup>366</sup> CC Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 39; CC de Grúas Adolfo Álvarez (BOP de Málaga de 17 de febrero de 2022), art. 41.

<sup>367</sup> CC de Artra Servicios Corporativos, SLU (BOE de 19 de julio de 2022), art. 30.

<sup>368</sup> CC de Canal de Isabel II (BOE de 12 de marzo de 2022), art. 20, para desplazamientos de duración inferior a tres meses y dentro del ámbito geográfico del convenio.

<sup>369</sup> CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24; CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48.

<sup>370</sup> CC de Rodicut Industry, SAU (BOP de Pontevedra de 16 de agosto de 2022), art. 24.

<sup>371</sup> CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 54; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44.

<sup>372</sup> CC Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz (Diario Oficial de Extremadura de 25 de mayo de 2022), art. 54; CC para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2022), art. 21; CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022), art. 44. Doctrinalmente *Vid.* SERRANO GARCIA, J.M.: “Los nuevos requisitos para el desplazamiento de trabajadores. ¿Evitan los abusos en esta materia? Propuestas para una ley”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 190.

cia; cuestión que en la regulación legal se encuentra recogido en el art. 40.7 ET, a tenor del cual los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo. Esta prioridad de permanencia supone una garantía de que los representantes de los trabajadores serán los últimos en ser afectados, dentro de su grupo profesional, por un traslado; por lo tanto, supone que aquel quien lo ostenta, no puede verse afectado por el traslado (con el límite lógico de que no existan más trabajadores en su grupo o categoría profesional que pueda ser objeto de traslado. Es decir, tal como se señala por la doctrina laboral, se trata de una garantía de “ultimidad” en verse afectado por traslados o desplazamientos<sup>373</sup>. Este supuesto de prioridad de permanencia puede ampliarse a través del convenio colectivo o bien mediante el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. En este caso, la norma deja la puerta abierta a que las partes puedan establecer prioridades de permanencia más o menos amplias, limitándose a señalar, de manera puramente ejemplificativa, los supuestos de trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

De entrada, cabe señalar la diferencia entre un supuesto, el de configuración legal de los representantes, y los que puedan añadirse por la negociación colectiva: en el primer caso se produce un reconocimiento legal expreso de este derecho. En los otros supuestos, será necesario que la negociación colectiva establezca dicho derecho de prioridad de permanencia, de manera que, si la negociación colectiva no lo hace, no existe derecho alguno en tales supuestos. Otra cuestión a tener en cuenta es la posibilidad de que, en vez de regular supuestos con prioridad de permanencia, se regulen criterios de selección de los trabajadores afectados; cuestión a la que ya nos hemos referido *supra*. Tal como ya señalamos, el efecto práctico sería totalmente afín.

De otro lado, hay que subrayar que si bien este derecho de prioridad de permanencia supone un elemento de protección de los trabajadores beneficiarios del mismo, es evidente que los diferentes supuestos obedecen a finalidades u objetivos concretos diferentes: mientras que el representante accede a una garantía de protección frente al empresario para permitir un desarrollo de la actividad representativa sin sufrir represalias, además de evitar la extinción del mandato por el cambio de centro de trabajo<sup>374</sup>; en los otros supuestos la finalidad perseguida será diferente (favorecer el desarrollo de una vida familiar ordenada, proteger a aquellos que, por edad, van a tener más difícil el inicio de una vida ordinaria en localidad diferente, pues ya están asentados socialmente en la localidad de origen, o no perjudicar a los discapacitados en su objetivo de lograr una vida lo más adaptada posible).

---

<sup>373</sup> SANCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en la movilidad geográfica”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 9 de 2014, pág. 903.

<sup>374</sup> En este sentido, SANCHEZ LINDE, M.: *Op. cit.*, págs. 901 y 902.

La negociación colectiva ha regulado esta cuestión de diferentes maneras. De entrada, reiterando simplemente que los representantes legales (expresión esta que abarca a todos los supuestos de representación unitaria –delegados de personal, miembros de comités de empresa o comités intercentros-, delegados sindicales o delegados de prevención) tienen la prioridad de permanencia<sup>375</sup>.

En otros casos, siguiendo con esa tónica de simplicidad absoluta, la regulación de esta cuestión es prácticamente idéntica a la establecida por la regulación legal; es decir, reconocimiento de la prioridad de permanencia de los representantes legales y posibilidad de que se negocie mediante pacto entre las partes, la prioridad de permanencia a favor de otros colectivos como trabajadores con cargas familiares, discapacitados y personas mayores de determinada edad.

Pero también podemos encontrar convenios que, al margen del supuesto de los representantes de los trabajadores, establece con precisión otros colectivos que se van a beneficiar del derecho de prioridad de permanencia, especificando, por ejemplo que van a tenerlo los trabajadores que hayan sido afectados con anterioridad por un traslado, las trabajadoras embarazadas, los trabajadores con hijos menores de un año, los mayores de cierta edad, los minusválidos, o las personas con responsabilidades familiares o cargas familiares<sup>376</sup>. En el caso de las responsabilidades familiares, lo usual es que el convenio se limite simplemente a señalar este supuesto de hecho, sin especificar qué deba entenderse por las mismas<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> CC de grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), art. 12.3; CC Vibracoustic Spain, SAU (BOP de Barcelona de 8 de septiembre de 2022), art. 45; CC de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21; CC Industrial Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 19 de febrero de 2022), art. 21; CC Empresa Provincial de Aguas de Córdoba, SA (BOP de Córdoba de 4 de febrero de 2022), art. 14; CC Federació de Futbol de la Comunitat Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de enero de 2022), art. 11.

<sup>376</sup> CC de Talher, SA (BOP de Barcelona de 28 de diciembre de 2022), art. 41; CC de Grúas Lozano, SA (BOP de Sevilla de 12 de agosto de 2022), art. 48; CC de Transmol Logística, SLU (BO de Navarra de 2 de agosto de 2022), art. 52; CC de Corporación Alimentaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57; CC de Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 43; CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 38; CC Refresco Iberia, SAU (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 57; CC Empresas de Transporte de Mercancías por carretera, Agencias de Transportes, Despachos Centrales y Auxiliares, Almacenistas Distribuidores y Operadores Logísticos de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 1 de febrero de 2022), art. 45.

<sup>377</sup> Sin embargo, como excepción podemos señalar al CC de Grúas Alhambra, SLU (BO de la Junta de Andalucía de 30 de marzo de 2022), art. 43, que especifica que sólo se entenderán por cargas familiares, la situación de los trabajadores o trabajadoras que, por razón de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad, física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. Otro ejemplo es el CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 38, que coincide con el anterior en cuanto a la delimitación de las responsabilidades familiares. De igual manera el CC Refresco Iberia, SAU (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 57.

Son extraños los convenios que, además de regular de alguna manera la cuestión relativa de las prioridades de permanencia, además, añaden alguna norma para determinar, en caso de concurrencia de prioridades, cuáles serían las que se imponen unas sobre otras<sup>378</sup>. En estos casos, y ante la ausencia de una regulación sobre la cuestión, parecería que la prioridad de carácter legal, es decir, la de los representantes de los trabajadores, se debería imponer sobre prioridades de carácter convencional; y ello, no sólo por la mayor relevancia de una prioridad que se establece directamente por el legislador, sino también y especialmente, por el hecho de que esa prioridad de los representantes de los trabajadores, si bien es un mecanismo de protección de determinados sujetos individuales, en realidad, lo que se está protegiendo es al propio colectivo de trabajadores, dado que las garantías de los representantes permiten el desarrollo de una acción representativa que beneficia de manera directa al conjunto de trabajadores. De otro lado, tampoco aclara la regulación (ni la legal, ni la convencional), qué ocurre cuando varios representantes de los trabajadores se ven afectados por un traslado y pertenecen al mismo grupo profesional y centro de trabajo. Una buena solución en estos casos sería respetar el orden de elección (delegados de personal) o el orden en que aparecen en las candidaturas (miembros de comités de empresa).

De otro lado, tal como ya hemos señalado, nos encontramos convenios en los que se produce una mezcla de planos entre la regulación de los supuestos de prioridad de permanencia en el puesto de trabajo y los criterios de selección de cuáles son los trabajadores que pueden verse afectados por el traslado. Así, no es extraño encontrarnos alguna regulación en la que se afirma que el empresario, a la hora de concretar cuáles serán los afectados por el traslado, tendrá en cuenta aspectos tales como las circunstancias personales, familiares o sociales de los trabajadores (sin especificar qué cuestiones concretas son las que deben tenerse en cuenta)<sup>379</sup>, de manera que tendrán prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo quienes resultan más perjudicados por el traslado<sup>380</sup>. También algún convenio, tras afirmar la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, añade a la prioridad de permanencia y en orden decreciente a los trabajadores de mayor antigüedad y los que tienen mayores cargas familiares, u

---

<sup>378</sup> En este sentido el CC de Corporación Alimentaria Peñasanta, SA (BO del Principado de Asturias de 10 de junio de 2022), art. 57, que al determinar los diferentes supuestos de prioridad de permanencia, lo hace en un orden decreciente. De igual manera el CC de Distrigal, SL (BOE de 4 de abril de 2022), art. 38.

<sup>379</sup> CC de Inserta Servicios Complementarios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25; CC de Inneria Solutions, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 29; CC de Frangosa Servicios, SL (BO de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2022), art. 25.

<sup>380</sup> CC de Páginas Amarillas Soluciones Digitales, SAU (BO de la Comunidad de Madrid de 9 de julio de 2022), art. 61.

otros criterios diferentes<sup>381</sup>. Se observa, así como se entrelazan dos cuestiones que realmente son diferentes, aun cuando produzcan efectos idénticos.

## C.6. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO (INDIVIDUAL Y COLECTIVA)\*

### C.6.1. Planteamiento del tema

Nuestro objeto de estudio es la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y, en particular, qué tendencias reguladoras de la misma encontramos en la negociación colectiva. Para ello, con carácter previo, consideramos conveniente plantear algunas cuestiones que delimiten el marco y el contexto del presente análisis de las cláusulas convencionales reguladoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Nos encontramos ante una paradigmática medida de flexibilidad interna que conlleva una decisión unilateral del empleador. Se trata de una manifestación excepcional del poder de dirección empresarial, enmarcado en el contexto de sus facultades de gestión. En este contexto, se recurre a la modificación sustancial de condiciones de trabajo como un mecanismo de adecuación empresarial a las circunstancias cambiantes del sistema productivo. La negociación colectiva también manifiesta, como en su momento recogieron los grandes Acuerdos

---

<sup>381</sup> CC de Industrias Siderometalúrgicas de Toledo (BOP de Toledo de 8 de abril de 2022), art. 21. Otro ejemplo lo encontramos en el CC de Panvelpa, SL (BOE de 28 de abril), art. 11, que señala que las necesidades generadas por el traslado serán atendidas, en primer lugar, por quienes lo acepten voluntariamente y, a partir de ahí y en último lugar en el siguiente orden: representantes de los trabajadores, trabajadoras víctimas de violencia de género o de terrorismo (sería el caso inverso al estudiado en el Capítulo anterior sobre movilidad geográfica por interés particular), embarazos y personas con hijos menores de seis años a su cargo. De igual manera el CC de Grúas Adolfo Álvarez, SL (BOP de Málaga de 17 de febrero de 2022), art. 40.

\* Apartado realizado por José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ, *Catedráticos del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*, Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada* y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*.

Interconfederales<sup>382</sup>, una clara apuesta por las medidas de flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo. Por eso, no es de extrañar que haya convenios colectivos que expresamente declaren estas intenciones. Por ejemplo, la Disposición Adicional 6ª (Cláusula de empleo) del Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019) recuerda que “en el actual contexto económico, las representaciones empresarial y sindical comparten que es una prioridad la defensa del empleo en el sector, por lo que se comprometen a trabajar con el fin de mantener la mayor estabilidad posible de los puestos de trabajo, promoviendo la negociación de medidas alternativas a la extinción de contratos, considerando que la mejor garantía para ello será tratar de mejorar la fortaleza y solidez de las empresas, manteniendo su nivel de competitividad, de modo que sean capaces de aportar valor de manera recurrente y de adaptarse permanentemente al entorno, en función de las exigencias del mercado en cada momento (...) Para ello, se recomienda a las partes, en los procesos de reestructuración que puedan acometerse en el ámbito de las empresas, la utilización preferente de medidas de flexibilidad interna tales como la suspensión de contratos de trabajo y excedencias, la reducción de jornada, la movilidad funcional y geográfica y la *modificación de condiciones de trabajo*”.

Es cierto que, si bien es una constante en las sucesivas reformas laborales una flexibilización de los mecanismos modificativos de la relación de trabajo en aras a la consecución de una mejor adaptabilidad a las circunstancias productivas y económicas de las empresas, la última reforma de 2021 apenas si ha incidido en la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Igualmente hay que destacar una cuestión fundamental para situar nuestro objeto de estudio: *la distinción entre modificación sustancial de condiciones de trabajo (ex artículo 41 ET) e inaplicación de condiciones de trabajo (ex*

---

<sup>382</sup> El más significativo fue el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para 2012, 2013 y 2014 (II AENC), que expresamente se decantaba por que los convenios incorporasen la flexibilidad interna como contenido mínimo. Sobre este tema, *Vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA. (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA): El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico, Aranzadi, Colección DUO, núm. 1, Cizur Menor, Navarra, 2013. El último V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 10 de mayo de 2023 dedica igualmente un capítulo a las medidas de flexibilidad interna, reiterando su apuesta por las mismas: “los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla” y “por ello los convenios deberían disponer de la flexibilidad interna como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras”. Sin embargo, llama la atención que en dicho Acuerdo no se menciona expresamente la modificación sustancial de condiciones de trabajo, si en cambio la “inaplicación de determinadas condiciones de trabajo de los convenios colectivos.

*artículo 82.3 ET*). Fue con la reforma que introdujo la Ley 3/2012 con la que se configura un nuevo régimen jurídico diferenciado y específico para las modificaciones que afectan a las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de eficacia normativa general o *erga omnes* (los comúnmente denominados “convenios colectivos estatutarios”). De esta forma, el mismo artículo 41.6 del ET precisa para tal caso que “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”. Nuestro estudio se va a centrar específicamente en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex* artículo 41 del ET, y por eso es conveniente señalar los *elementos diferenciadores entre modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo*. La jurisprudencia ha destacado las siguientes diferencias<sup>383</sup>:

- 1) la decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea ésta individual o colectiva, es *facultad unilateral del empresario* (sin perjuicio del establecimiento de procedimientos de consultas que tienen la finalidad de llegar a un eventual acuerdo), mientras que la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo *requiere siempre un acuerdo* (o, en su caso, laudo);
- 2) como veremos a continuación, la lista de materias que tienen la consideración de materias “modificables” (*ex* artículo 41.1 del ET) es abierta, caben otras, es meramente *ad exemplum*, mientras que la lista de materias “inaplicables” (*ex* artículo 82.3 del ET) es cerrada, es una relación exhaustiva;
- 3) la modificación sustancial de condiciones de trabajo no cuenta con limitación temporal alguna, mientras que la inaplicación solo produce efectos durante la vigencia del convenio colectivo del que se pretende el descuelgue; y
- 4) los efectos y consecuencias, así como la posibilidad de impugnación judicial, son muy diferentes en uno y otro caso, y así, por ejemplo, la posibilidad del trabajador de rescindir su contrato de trabajo con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (máximo 9 mensualidades) está prevista para una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero no para el supuesto de inaplicación de condiciones establecidas en convenio colectivo.

En cualquier caso, en una primera aproximación, lo primero que evidencia nuestro análisis de la negociación colectiva en busca de cláusulas reguladoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo es la generalizada ausencia de las mismas. Muchos convenios colectivos no contienen ni siquiera una simple alusión a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. La mayoría de los convenios colectivos analizados no contienen referencia alguna a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, por mínima que esta fuera, nada de nada. Constituyen un 60 por 100 de los convenios colectivos de

---

<sup>383</sup> Por todas, STS de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2525). *Vid.* también el análisis de la misma por ARETA MARTÍNEZ, M.: “La lista abierta (*numerus apertus*) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET): no están todas las que son ni son todas las que están”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021, págs. 9 y 10.

la muestra. De los cuales, dicha ausencia de regulación predomina ligeramente más entre los convenios colectivos de ámbito empresarial: constituyendo un 70 por 100 de tales convenios colectivos empresariales<sup>384</sup> frente al 50 por 100 de los

---

<sup>384</sup> Convenio colectivo de la empresa Refractarias, S. A. (BOPA de 1 de diciembre de 2022); Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de La Mojenera (BOP de Almería de 1 de diciembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Grupo Logístico Arrendó S.L. (BOR de 1 de diciembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Gamesa Energy Transmission, S.A.U., GET Gipuzkoa (BO de Gipuzkoa de 1 de diciembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Cespa S.A. para la concesión de limpieza viaria y recogida de residuos en el municipio de Martos (BOP de Jaén de 30 de noviembre de 2022); Convenio Colectivo de la empresa Cespa GR Servicio de Transporte de Residuos Lipasam (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022); Convenio Colectivo de la empresa Nevaluz Sevilla, S.L. (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022); y Convenio Colectivo de la empresa Curia Provincial Bética de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Modine Cis Guadalajara, S.A.U. (BOP de Guadalajara de 30 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la UTE Limpieza Carboneras, Adjudicataria del Servicio de Limpieza Viaria, Playas, y Mantenimiento de Jardines del término Municipal de Carboneras (BOP de Almería de 29 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Now Audiovisual, S.L. (BOP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del Comité Ciudadano Antisida de La Coruña, CASCO (BOP de A Coruña de 29 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa 2020 Iberian Food Project, SL (BOP de Barcelona de 28 de noviembre de 2022); Convenio colectivo da empresa Aguas de Cabreiroá, S.A.U. (BOP de Ourense de 28 de noviembre de 2022); Convenio Colectivo de la empresa Real Federación Andaluza de Fútbol (BOJA de 28 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa TK Home Solutions, S. R. L. (BOCM de 26 de noviembre de 2022); Convenio colectivo relativo a la empresa municipal Aguas de Cádiz S.A. (BOP de Cádiz de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Cementos Portland Valderribas S.A. (BOP de Sevilla de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Persan, S.A. (BOP de Sevilla de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa UTE Bizkaiko Hondartzk 2021, servicio de limpieza de playas de Getxo (BO de Gipuzkoa de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Urbaser S.A. (BOP de Barcelona de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Caritas Diocesana de Sant Feliu de Llobregat (BOP de Barcelona de 23 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa FCC Aqualia S.A. y FCC S.A. Redondela UTE (BOP de Pontevedra de 23 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Residencias para personas mayores La Llanada I y La Llanada II (BOP de Salamanca de 23 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del personal de jardinería del centro de trabajo de Santiago de Compostela de la empresa Prezero España S.A. (BOP de A Coruña de 23 de noviembre de 2022); Convenio de la empresa Parques y Jardines del Ayuntamiento de Algeciras (BOP de Cádiz de 22 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Gestión y Técnicas del Agua, S.A (BOP de Granada de 21 de noviembre de 2022); Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Penseque (BOP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria-Gasteiz, Santander, Pamplona y Burgos (BOE de 19 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Armadores de Burela S.A., ABSA (BOP de Lugo de 19 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Aqualia Gestión Integral de Aguas S.A., Aguas de las Galeras Puerto de Santa María (BOP de Cádiz de 18 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Euskaltel, S.A. (BOPV de 18 de noviembre de 2022); Convenio colectivo para el personal de flota embarcado en el remolcador V.B. Bravo, adscrito a la empresa Boat Service, S.A. (BOP de Huelva de 18 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del Grupo General Cable Sistemas, S.L., centro de trabajo de Abrera (BOP de Barcelona de 18 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de la empresa Transportes Urbanos de Badajoz, S.A. (DOE de 18 de noviembre de 2022); y Convenio colectivo de la Fundación Río Tinto (BOP de Huelva de 2 de noviembre de 2022).

convenios colectivos sectoriales<sup>385</sup>.

## **C.6.2. La “sustancialidad” de las condiciones de trabajo modificables**

### *C.6.2.1. Identificación del concepto “sustancial”*

Lo que define el procedimiento regulado en el artículo 41 del ET de modificación unilateral de las condiciones de trabajo que se atribuye al empleador es precisamente que dicha modificación tenga naturaleza “sustancial”. Desde una aproximación meramente lingüística “sustancial” es un adjetivo que representa lo “importante”, lo “esencial”, lo “perteneiente o relativo a la sustancia”. Desde una perspectiva jurídica-laboral “sustancial” no es un concepto apriorístico, sino

---

<sup>385</sup> Entre otros: Convenio colectivo sectorial de Oficinas de Farmacia de Bizkaia (BO de Gizcoza de 30 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de sector Oficinas de Farmacia del Principado de Asturias (BOPA de 25 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de sector de Mayoristas de Alimentación del Principado de Asturias (BOPA de 22 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del sector Garajes, Aparcamientos, Estaciones de Lavado y Engrase y Autoestaciones de la provincia de Zaragoza (BOP de Zaragoza de 17 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del Sector de la Carpintería y Ebanistería de la Provincia de A Coruña (BOP de A Coruña de 14 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del Sector del Comercio Vario de la Provincia de Pontevedra (BOP de Pontevedra de 14 de noviembre de 2022); Convenio colectivo para el sector del Comercio Textil de Cantabria (BOC de 9 de noviembre de 2022); Convenio colectivo de las empresas de Transitarios de Madrid (BOCM de 8 de noviembre de 2022); Convenio colectivo del Sector del Comercio de la Alimentación de la Provincia de A Coruña (BOP de A Coruña de 31 de octubre de 2022); Convenio colectivo para la Industria Elaboradora, Almacenistas y Distribuidores de Vinos, Cervezas, Licores y Otras Bebidas Espirituosas de la provincia de Burgos (BOP de Burgos de 28 de octubre de 2022); Convenio colectivo del Sector Industrias Vinícolas y Alcohólicas de la Región de Murcia (BORM de 27 de octubre de 2022); Convenio colectivo del Sector de Industrias de Tintorerías y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa para la provincia de Zamora (BOP de Zamora de 21 de octubre de 2022); Convenio colectivo del Sector Comercio de Equipos, Recambios, Componentes y Accesorios del Automóvil del Principado de Asturias (BOPA de 17 de octubre de 2022); Convenio colectivo del Sector de Servicios Funerarios de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022); Convenio colectivo de Estaciones de Servicio de Gipuzkoa (BO de Gipuzkoa de 27 de septiembre de 2022); Convenio colectivo del Sector de Alimentación, Detallistas, Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios de la Provincia de Cádiz (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022); Convenio colectivo de Actividades Agropecuarias de la Provincia de Alicante (BOP de Alicante de 28 de septiembre de 2022); Convenio colectivo del Sector de Siderometalurgia de la Provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real de 23 de septiembre de 2022); Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE de 23 de septiembre de 2022); Convenio colectivo provincial de transportes interurbanos en autobuses (BOP de Sevilla de 11 de octubre de 2022); Convenio colectivo para el sector de Hostelería de Cantabria (BOC de 24 de octubre de 2022); Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022); Convenio colectivo para el sector del Comercio de Materiales de Construcción de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 7 de octubre de 2022); Convenio colectivo para el sector del Comercio de la Piel, Cuero y Calzado de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 5 de octubre de 2022); o Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE de 23 de septiembre de 2022).

que debe construirse en base a criterios empíricos, analizando las circunstancias concurrentes, caso por caso<sup>386</sup>. De esta manera, en esta construcción casuística de lo que se entiende por “sustancial” deben valorarse conjuntamente en cada caso<sup>387</sup>: 1) el *tipo y naturaleza de la condición de trabajo* afectada, de tal forma que evidencie un aspecto fundamental, relevante, importante, de la relación de trabajo; y 2) la *intensidad de la modificación*, que se constata en el mayor o menor perjuicio o sacrificio (real o potencial) que el cambio supone para el trabajador, y que, además de la propia relevancia cualitativa de la condición de trabajo que se pretende modificar, depende básicamente del alcance temporal de la modificación y de las eventuales compensaciones que se pudieran establecer.

En este contexto, y sirva como ejemplo la STS de 5 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4238), se subraya que *para calificar las sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características*, y se sintetiza una consolidada posición doctrinal al respecto: “por modificación sustancial de condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación (...) pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición, siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi empresarial*”.

---

<sup>386</sup> Como ha confirmado, entre otras muchas, la STS de 20 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2022:3153), se destaca “la imposibilidad de trazar una noción dogmática de modificación sustancial y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto (...) que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador”; y así, “para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados”.

<sup>387</sup> STS de 17 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:799), STS de 29 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2892), STS de 19 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4720); STS de 4 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4483), STS de 26 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4280), STS de 5 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4238), STS de 28 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:298), STS de 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:835), STS de 27 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:891), STS de 11 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1978), STS de 30 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3153), STS de 9 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:953) o STS de 26 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1273). En este sentido, ARETA MARTÍNEZ, M.: “La lista abierta (numerus apertus) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET)...”, op. cit., páginas 6 y 7, considera que la expresión “no están todas las que son ni son todas las que están” bien puede utilizarse para delimitar el alcance del artículo 41 del ET, porque la modificación es sustancial cuando afecta con suficiente entidad a una condición de trabajo que, aun no estando expresamente listada, tiene carácter fundamental, y porque la modificación no es sustancial cuando, afectando a una condición de trabajo expresamente listada, no tiene carácter fundamental.

De todas formas, el artículo 41.1 del ET señala que “tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39”<sup>388</sup>.

De este modo, de una interpretación literal del precepto (“entre otras”) no cabe duda alguna de que se trata de una lista abierta, de una enumeración *ad exemplum*, pues el requisito exigido es el *carácter sustancial de la modificación*. Por ello, el precepto legal enumera algunas condiciones de trabajo cuya modificación podría tener carácter sustancial, pero sin que sea predicable de ellas en cualquier caso y sin que se agote la consideración de otras condiciones de trabajo no enumeradas expresamente cuya modificación pudiera ser también sustancial. De esta forma, el listado de condiciones de trabajo cuya modificación pudiera tener la consideración de sustancial que recoge el artículo 41.1 del ET es “abierto” en un doble sentido: 1) por no incorporar todas las condiciones de trabajo cuya modificación pudiera ser considera sustancial, ya que puede afectar a otras condiciones de trabajo no enumeradas expresamente (como por ejemplo, podría suceder en el caso de modificación de las vacaciones anuales<sup>389</sup>); y 2) porque puede haber modificaciones “no sustanciales” o “accidentales”, de condiciones de trabajo que sí que son expresamente enumeradas<sup>390</sup>.

En suma, la *sustancialidad* exigida no se refiere tanto al hecho de que la *condición de trabajo* sea sustancial, sino que se deriva de que sea sustancial la

---

<sup>388</sup> Adicionalmente, el art. 41.2 del TRET precisa que tales condiciones de trabajo pueden ser reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos; mientras que el art. 41.6 del TRET se remite otro procedimiento, al de descuelgue e inaplicación del art. 82.3 del TRET, respecto de la modificación de aquellas condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo.

<sup>389</sup> De esta forma, la STS de 20 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2022:3153) calificó como modificación sustancial de condiciones de trabajo la decisión empresarial de alterar el período de disfrute vacacional de determinados trabajadores.

<sup>390</sup> Así, la STS de 5 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4238) califica como *accidental*, y no como sustancial, la modificación operada en el sistema de fijación de objetivos a efectos del cálculo de la retribución por incentivos, a pesar de que podría comprenderse perfectamente en los apartados d) y e) del artículo 41 ET”, habida cuenta de que “con ella no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral ya que no sólo es de escasa trascendencia sino que no afecta decisivamente, a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto”. Por tanto “se trata de una pequeña modificación de los objetivos mensuales que se circunscribe a cinco días concretos, en el marco de una campaña de ventas”.

*modificación*<sup>391</sup>. Lo distintivo de la modificación sustancial no es su objeto, la condición o materia modificada, sino la entidad y trascendencia del cambio (el criterio decisorio de la sustancialidad de la modificación pasa a residir en dicha entidad y trascendencia del cambio).

### C.6.2.2. *Aportaciones de la negociación colectiva*

Pues bien, la negociación colectiva solo en algunas ocasiones introduce algún elemento clarificador a la hora de considerar como sustancial o accidental la modificación de una determinada condición de trabajo. De este modo, y aunque hay casos que poco añaden o aclaran<sup>392</sup>, encontramos convenios colectivos que expresamente consideran que la modificación de una condición de trabajo, que en principio aparece enumerada en el listado que recoge el artículo 41.1 del TRET, no tenga carácter sustancial cuando se trate de los cambios o alteraciones de escasa entidad, que expresamente delimita. Otras veces se elude el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del TRET por exigirse en todo caso acuerdo entre el trabajador y el empleador. Finalmente, hay condiciones de trabajo no consideradas legalmente y de forma expresa como sustanciales, pero para cuya modificación los convenios colectivos exigen seguir el procedimiento del artículo 41 del TRET.

#### A. Modificaciones “no sustanciales” por su escasa relevancia

Encontramos en la negociación colectiva supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo que aparecen legalmente y *ad exemplum* enumeradas como “sustanciales” que por su escasa entidad y relevancia son expresamente consideradas como “no sustanciales”, no siéndoles de aplicación el correspondiente procedimiento del artículo 41 del TRET, y estableciéndose otro procedimiento alternativo. Hemos detectado los siguientes casos.

---

<sup>391</sup> En este sentido, *Vid.* STS de 3 de abril de 1995, STS de 9 de abril de 2001 o STS de 5 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4238).

<sup>392</sup> Por ejemplo, el art. 18 (Horario y distribución de jornada) del Convenio Colectivo del sector del Comercio de Metal en Cantabria (BOC de 11 de noviembre de 2022) se limita a una lacónica alusión a que la modificación de los horarios de trabajo “en su caso, se efectuará mediante los trámites previstos en el propio Estatuto de los Trabajadores”; o el art. 23 (Horarios y turnos de trabajo) del Convenio Colectivo de la empresa Prezero Gestión de Residuos, S.A. (BOP de Guadalajara de 29 de noviembre de 2022), que simplemente precisa que “dado el carácter público de los servicios que se prestan, el horario estará en función de las necesidades operativas propias del servicio. Por lo tanto, es facultad de la empresa establecer y modificar los horarios y relevos conforme al procedimiento legalmente establecido, previa información y consulta con la RLT”.

a) Cambios “no sustanciales” de la jornada de trabajo y distribución irregular de la jornada

Por ejemplo, respecto de la *distribución irregular de la jornada*, el artículo 12 (Jornada de trabajo) del Convenio Colectivo de la empresa Helphone Servicios Informáticos, S.L. (BON de 12 de septiembre de 2023), tras disponer que la jornada de trabajo anual para toda la vigencia del convenio será de 1776 horas, y que hasta un máximo del 5% de la misma podrá distribuirse de manera irregular (de acuerdo al artículo 34 del ET), precisa que “*sin que ello suponga modificación sustancial alguna de las condiciones de trabajo*”. En este mismo sentido, el artículo 25 (Jornada de trabajo) del Convenio colectivo del sector de las industrias del frío industrial (BOE de 23 de mayo de 2022) establece una duración de la jornada efectiva de trabajo será de 1772 horas anuales. Pero en cuanto a la organización y distribución de la misma, añade que “anualmente, la empresa elaborará un calendario de trabajo con una distribución horaria básica exponiendo un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro y dará cuenta a los/las Delegados/as de Personal o al Comité de Empresa. La distribución inicial podrá ser irregular en atención a razones económicas, organizativas, técnicas o productivas”. Pero en todo caso, “*no se considerarán modificaciones sustanciales aquellas que comporten, vigente la distribución anual de la jornada, un aumento o disminución de la jornada diaria de 2 horas sobre la distribución horaria básica*, si bien, la empresa deberá avisar a la persona afectada con la antelación que marque en cada momento la ley en vigor para la modificación no sustancial de su jornada y horario y establecerlo con el/la Delegado/a de Personal o Comité de Empresa”<sup>393</sup>.

b) Cambios “no sustanciales” de turnos de trabajo

También es el caso, en relación con determinados cambios de turno, del artículo 18 (Cambios de turnos) del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 16 de diciembre de 2021). En concreto dispone que “en el caso de que las ausencias al trabajo alcancen el 7 por 100 de la plantilla de personal directo de producción del centro de trabajo, la empresa podrá decidir con criterios objetivos y aplicando las fórmulas de rotación de cada empresa, el cambio de turno cuando lo necesite, por el tiempo que subsista tal índice de ausencias, previa comunicación al interesado y a la RT, con una

---

<sup>393</sup> Hay que destacar que también hay convenios colectivos que, con independencia de la consideración como sustancial o no de la variación o cambio, establecen un *procedimiento específico para la modificación de la jornada de trabajo* alternativo al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cosa que, por ejemplo, realiza el artículo 8.1 del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 13 de octubre de 2023).

antelación de ocho horas, respetando el descanso mínimo legal entre jornada y jornada, y sin que ello suponga disminución de la retribución”, precisando que “*dichos cambios de turno no tendrán la consideración legal de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*”.

c) Cambios “no sustanciales” derivados del teletrabajo

En cierto sentido, también sucede lo mismo respecto del *teletrabajo*. De esta forma, el artículo 10 bis (Teletrabajo) del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) matiza que “como sólo modifica la manera de realizar el trabajo, el paso al teletrabajo en sí no modifica el estatuto laboral del teletrabajador. En ese caso el rechazo por parte del trabajador a prestar sus servicios en régimen de teletrabajo no es en sí motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de empleo de este trabajador”.

d) Cambios “no sustanciales” derivados de la movilidad para la protección de la víctima de acoso sexual

Con relativa frecuencia, hemos detectado convenios colectivos que no consideran como modificación sustancial de condiciones de trabajo *las medidas de movilidad y alejamiento previstas a favor de la víctima en los protocolos de actuación frente al acoso sexual*. En este sentido, el artículo 14.2 (Acoso sexual, moral y por razón de sexo) del Convenio colectivo para la industria fotográfica (BOE de 5 de agosto de 2022), que establece un “procedimiento general de actuación”, precisa que “en el caso de denuncia por acoso sexual o acoso por razón de sexo, y hasta que el asunto quede resuelto, la empresa establecerá cautelarmente la separación de la víctima y el presunto acosador/a, siendo este último el que será objeto de movilidad, *sin que esto suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”. En parecidos términos, el artículo 11.3.e del Convenio colectivo del sector de las industrias del frío industrial (BOE de 2 de junio de 2022); el artículo 59 del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); o el artículo 12.3 (Protocolos de acoso) del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 13 de octubre de 2023).

e) Cambios “no sustanciales” de funciones y “redistribución de efectivos”

El cambio entre funciones del mismo grupo profesional en el que se encuentra clasificado el trabajador o entre funciones análogas a las que habitualmente desempeña (en virtud del principio de enunciatividad y no exhaustividad de la definición funcional de grupos y, en su caso, categorías profesionales) no tienen

carácter de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, el Anexo II (Clasificación profesional) del Convenio colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Palencia (BOP de Palencia de 9 de noviembre de 2022) cuando manifiesta que “no son asimismo exhaustivos los distintos cometidos asignados a cada grupo, pues todo trabajador incluido en el ámbito funcional de este Convenio Sectorial podrá ser asignado a efectuar cuantos trabajos y operaciones le ordenen sus superiores dentro de los generales cometidos de su grupo profesional y sin menoscabo de su dignidad profesional, *sin que ello implique modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”. E igualmente, continúa diciendo, “*la realización de funciones distintas dentro del mismo grupo profesional no supondrá modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin perjuicio de la retribución que tenga derecho el trabajador*”.

Por su parte, el art. 25 (Redistribución de efectivos) del Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Penseque (BOP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2022) aclara que “la redistribución consiste en el cambio o adscripción del personal laboral de un servicio a otro diferente para ejercer funciones de naturaleza análoga a las desempeñadas sin que suponga cambio de puesto de trabajo”, por tanto, no se trata de un cambio de naturaleza “sustancial”.

Por el contrario, para los cambios funcionales que tengan carácter “sustancial”, si que se podrá recurrir, entre otras alternativas, al procedimiento de modificación sustancial de condiciones. De este modo, algunos convenios colectivos reproducen el art. 39.4 del TRET<sup>394</sup>. Por ejemplo, el art. 4.f.4. del Convenio colectivo de la empresa Gestio Municipal de Serveis S.A. (BOP de Barcelona de 22 de noviembre de 2022), que sigue al pie de la letra dicho precepto legal; o el art. 16 del Convenio Colectivo de la Escuela Superior de Diseño de Valladolid (BOP de Valladolid de 4 de noviembre de 2022), que precisa que “*el cambio de funciones distintas a las pactadas, no incluido en los supuestos anteriores, requerirá el acuerdo de las partes o en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”.

En un solo caso, se considera que estos supuestos de movilidad funcional extraordinaria, entendidos por tales los que excedan de la movilidad funcional regulada en el art. 39 del TRET, constituyen directamente (y sin mencionar de forma expresa la alternativa de un mutuo acuerdo) una modificación sustancial

---

<sup>394</sup> Que, en el marco regulador de la movilidad funcional, concluye con el reconocimiento expreso de que “el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”.

de condiciones *ex art. 41 del TRET*. Se trata del art. 16 (movilidad funcional extraordinaria) del Convenio colectivo del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022), que expresamente dispone que “los supuestos de movilidad funcional extraordinaria que excedan de los límites que para la movilidad funcional ordinaria prevé el Artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores *se sujetarán al procedimiento, límites y efectos a lo establecido en el Artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*”, añadiendo que “esta situación se equipara a la de modificación sustancial de condiciones de trabajo en lo referente a la naturaleza y efectos establecidos en el Artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”.

B. Limitaciones a la utilización del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo durante la vigencia del convenio colectivo y con el objetivo de garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres

Excepcionalmente hay casos en los que se restringe la utilización del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, normalmente, las que tengan lugar durante la vigencia del convenio colectivo aplicable. Por ejemplo, el art. 18.b del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipukoa de 24 de noviembre de 2022), que manifiesta que “en ningún caso, las modificaciones sustanciales que se produzcan durante la vigencia del presente Convenio Colectivo podrán afectar ni a la jornada laboral ni a la cuantía salarial”.

Por su parte, el art. 32 (Medidas dirigidas a promover la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral) del Convenio colectivo de las Industrias Expendedoras y de Fabricación de Pan de la Provincia de Cuenca (BOP de Cuenca de 23 de septiembre de 2022) precisa que “salvo por razones técnicas, organizativas, económicas o productivas, graves y probadas, *no se realizarán modificaciones sustanciales ni funcionales de las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas, personas que se encuentren disfrutando la suspensión por maternidad, personas que tengan a su cuidado directo menores de tres años, mayores enfermos y discapacitados o aquellas que estén ejerciendo derechos de conciliación*”.

C. Cambios de condiciones de trabajo que exigen en todo caso el acuerdo entre el trabajador y el empleador

También hay que precisar que hay modificaciones de condiciones de trabajo consideradas como sustanciales por el artículo 41.1 del TRET que sin embargo son expresamente excluidas de dicho procedimiento de modificación sustancial unilateral de condiciones de trabajo, como ocurre, por ejemplo, con determinadas modificaciones de jornada. En tales casos, no se trata más que de reproducir

lo que ya prescribe la norma estatutaria, y en concreto el artículo 12.4.e del TRET. Así, por ejemplo, el artículo 8 (Contratación) del Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE de 28 de octubre de 2021) recuerda que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) del TRET”. En idénticos términos se expresa el art. 17 (Contrato a tiempo parcial) del Convenio colectivo de Hostelería y Turismo de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 14 de octubre de 2022).

En esta misma línea, aunque sin apoyo legal expreso, la negociación colectiva ha reconocido como vía alternativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (unilateralmente decidida por el empleador) la exigencia de acuerdo individual con el trabajador. Así, el art. 20 (Jornada de trabajo) del Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, S. A. U., centro de trabajo de la Planta de Transferencia del Aeropuerto de Adolfo Suárez-Madrid, (BOCM de 3 de diciembre de 2022) dispone que “por necesidades del servicio y *por mutuo acuerdo* entre el trabajador y la empresa, se podrá modificar el *turno y horario de trabajo*”. En este mismo sentido, el art. 15 (Calendario laboral) del Convenio colectivo del Sector de Hoteles y Alojamientos Turísticos de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 19 de septiembre de 2022) establece que “los trabajadores conocerán con antelación suficiente y siempre con, al menos, veintiún días de antelación, el turno de trabajo, la jornada y los días de descanso que le correspondan y en caso de existir alguna modificación éstas se realizarán de mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador”. Por su parte, el art. 26 del Convenio colectivo de la empresa Persan, S.A. (BOP de Sevilla de 25 de noviembre de 2022) menciona que las “modificaciones del horario de trabajo se realizarán siempre previa comunicación y de acuerdo con las representantes y los representantes legales de los trabajadores”, y que “la comunicación de la modificación del horario deberá hacerse al menos con cuarenta y ocho horas de antelación”.

En otras ocasiones, el acuerdo exigido para la modificación de condiciones de trabajo es entre el empleador y los representantes de los trabajadores. Así sucede, por ejemplo, cuando el art. 14 (Modificación sustancial de las condiciones de trabajo) del Convenio colectivo de la empresa Montajes Portugalete, S.L., Monporsa (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022) dispone que “no se modificarán los salarios ni la jornada de trabajo durante el periodo de vigencia del presente convenio, salvo pacto entre la empresa y representación legal de los trabajadores”. En el mismo sentido, aunque desvinculada de la vigencia del convenio, el art. 20 (Calendario laboral) del Convenio colectivo para las acti-

vidades agropecuarias de la provincia de León (BOP de León de 3 de octubre de 2022) establece que *“toda modificación de horario de trabajos solo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”*. También se pronuncia en similares términos el Convenio colectivo de Establecimientos Sanitarios Hospitalización Consulta y Asistencia de Baleares (BOIB de 27 de octubre de 2022).

Finalmente, también hay que destacar que algunos convenios colectivos relativizan la exigencia de acuerdo modificativo *“en todo caso”*, convirtiéndose tan solo en una vía preferente de modificación de la condición de trabajo, pero manteniéndose en caso de no lograrse dicho acuerdo la posibilidad de recurrir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del TRET. De esta forma, el art. 18 (Jornada laboral) del Convenio Colectivo de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BO de Bizkaia de 17 de noviembre de 2022) precisa que *“en los puestos de trabajo y/o departamentos en los que actualmente se continúa trabajando con la distribución y duración de la jornada laboral descritas anteriormente en el párrafo segundo, si a futuro fuera necesario prestar servicios de una forma distinta menos favorable para las personas trabajadoras (trabajar en sábado, domingo y festivos, exceder la jornada semanal máxima y no guardar la jornada intensiva de verano)” se podrá pactar dicho cambio “con la Representación Legal de los Trabajadores (RLT) y por escrito. En estos casos, si después de un mes de negociaciones con la RLT no se hubiera suscrito un acuerdo y concurrieran razones económicas, técnicas, organizativas o de producción la dirección de la empresa podrá acudir al artículo 41 del ET para la realización de las modificaciones necesarias”*. En el mismo sentido, el art. 11 (Jornada anual) y el art. 13 (Calendario laboral) del Convenio colectivo del Sector de la Hostelería de la Provincia de Badajoz (DOE de 11 de noviembre de 2022), consideran en relación con la flexibilización de la jornada de trabajo y con el calendario laboral que *“las modificaciones a cualquiera de estos aspectos deberán contar con el acuerdo, aparte de la propia persona trabajadora, de los representantes legales de los trabajadores. En caso contrario, sólo podrá modificarse con el acuerdo de la autoridad laboral<sup>395</sup> según lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”*.

#### D. Cambios “sustanciales” pero con un procedimiento de modificación alternativo al del art. 41 del TRET

Como más adelante se analizará hay convenios colectivos que establecen un procedimiento alternativo para la modificación sustancial de los sistemas

---

<sup>395</sup> Sorprendente que se mantenga todavía esta alusión a la intervención en un procedimiento de modificación de condiciones de trabajo de la Autoridad Laboral.

de organización de trabajo. Por ejemplo, el art. 50 del Convenio colectivo de la empresa Valeo Térmico, S.A. (BOP de Zaragoza de 2 de abril de 2022) fija un procedimiento especial, y alternativo al del art. 41 del TRET, para la modificación del estudio de tiempos y/o métodos (*Vid.* 4.3.7).

E. Cambios expresamente considerados por la negociación colectiva como “sustanciales” y a los que resulta aplicable el art. 41 del TRET

Hay convenios colectivos que precisan que determinados supuestos constituyen una modificación sustancial de condiciones de trabajo o que pueden suponer para los trabajadores una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En tales supuestos, para llevar a cabo dichas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se exige la aplicación del procedimiento del artículo 41 del TRET, aunque, normalmente, con carácter subsidiario, cuando no haya sido posible un acuerdo previo con los trabajadores, acuerdo que tiene carácter preferente.

Así, por ejemplo, el Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) considera en su artículo 9.3 que *la implantación de un nuevo sistema de rendimientos o la modificación del existente seguirá, si no se alcanza acuerdo específico conforme el procedimiento que expresamente establece (básicamente, acuerdo entre la dirección y los representantes de los trabajadores, y si no hay acuerdo, mediación de la comisión mixta o arbitraje), el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET: “no habiéndose producido el acuerdo exigido ni solicitado el arbitraje externo la implantación del nuevo sistema de rendimientos o de trabajo será facultad y decisión de la Dirección de la Empresa, con independencia de las acciones judiciales que correspondieran a los afectados, si interpretaran estos que las modificaciones habidas lesionan sus derechos contractuales. En tanto en cuanto no se alcance acuerdo en procedimiento de mediación, o se dicte laudo arbitral o resolución judicial firme, se aplicará el nuevo sistema de rendimientos ordenado por la Dirección, todo ello de acuerdo con los plazos previstos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo”*.

Igualmente, hay casos en los que se considera *aplicable el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo en los protocolos de implantación o modificación de los sistemas de organización del trabajo*. Entre ellos, el ya mencionado Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 16 de julio de 2019), establece en su artículo 12 (Procedimiento de implantación o modificación), un específico procedimiento para la implantación o modificación de los sistemas de organización del trabajo (que entre otras cosas conlleva notificar por escrito a los representantes de los

trabajadores con un mínimo de quince días de antelación, el propósito de implantar o sustituir la organización del trabajo y su contenido, haciendo entrega de copia del estudio realizado en el que se incluirán la especificación del método operativo y de las tarifas propuestas; limitar hasta el máximo de diez semanas la experimentación de las nuevas tarifas o de los nuevos sistemas de organización; recabar, finalizado el período de prueba, la conformidad o el desacuerdo razonado y por escrito de la representación de los trabajadores de la empresa, que deberá manifestarse en el plazo de quince días, transcurrido el cual, la falta de presentación de dicho escrito se entenderá como conformidad; en el plazo de diez días, después de recibir el escrito razonado, o de producirse la conformidad tácita prevista en el apartado anterior, la empresa comunicará por escrito su decisión a la representación sindical; posibilidad de las personas afectadas de recurrir ante la jurisdicción competente contra la resolución de la empresa; y exponer en los lugares de trabajo la especificación de las tareas asignadas a cada puesto de trabajo y de las tarifas aprobadas). No obstante, prevé expresamente que en caso de disconformidad en la aplicación de lo regulado “se estará a lo dispuesto en el artículo 41 del ET”.

Por otro lado, y aunque ya vimos que hay supuestos que suponen alteración en la jornada de trabajo que no tienen consideración de sustancial, hay en cambio otras manifestaciones de alteración de la jornada, como *la variación del calendario*, que sí que exigen el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por ejemplo, el artículo 34 (Distribución de la jornada) del Convenio colectivo del Sector de la Madera (Carpintería, Ebanistería, Tapicería, etc.) de Murcia (BORM de 14 de agosto de 2020), tras disponer que la jornada semanal ordinaria será de 40 horas de trabajo efectivo realizada de lunes a viernes, precisa que las empresas podrán distribuir dicha jornada “a lo largo del año mediante criterios de fijación uniforme o irregular”, afectando la uniformidad o irregularidad “bien a toda la plantilla o de forma diversa por secciones o departamentos, por períodos estacionales del año en función de las previsiones de las distintas cargas de trabajo y desplazamientos de la demanda. La distribución de la jornada realizada en los términos precedentes deberá fijarse y publicarse antes del 31 de enero de cada ejercicio; no obstante, podrá modificarse por una sola vez el citado calendario hasta el 30 de abril”, pero “una vez establecido el nuevo calendario, las modificaciones al mismo deberán ser llevadas a efecto de acuerdo con lo establecido en los artículos 34 y 41 del ET”.

### C.6.3. La “causalidad” de la modificación sustancial

Como punto de partida, debemos recordar que el art. 41.1 del TRET precisa que la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “cuando existan probadas *razones económicas, técnicas,*

*organizativas o de producción*”, considerando como tales “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. Además, el propio precepto estatutario (art. 41.4 del TRET) considera para el caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo que “cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo *se presumirá que concurren las causas justificativas* a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

Se evidencia así un amplio margen de discrecionalidad en el posible control judicial de las modificaciones adoptadas, destacándose cómo el cumplimiento de un objetivo finalista “no puede ser objeto de prueba en sentido estricto, sino solo de un juicio de probabilidad de carácter hipotético sobre los efectos de las medidas de flexibilidad interna para afrontar la situación de reestructuración o crisis empresarial”<sup>396</sup>. Además, tales conceptos, extraídos del ámbito económico, constituyen los parámetros para su eventual control judicial, lo que obliga a realizar un test de razonabilidad de la medida de gestión económica y organizativa de la empresa.

En la negociación colectiva no es habitual encontrar una mayor concreción, determinación y objetivación de las causas justificativas del recurso unilateral del empleador a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aunque hay algunas excepciones que confirman esta “regla”, esta tendencia mayoritaria. Entre estas, podemos destacar el Convenio colectivo de la empresa Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. (BOE de 28 de julio de 2022), que en su artículo 28. (Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) dispone que “dadas las especiales características de la actividad que regula este Convenio Colectivo, cuando se proceda a la modificación de la jornada o del horario o de la distribución del tiempo de trabajo, *se entenderá que existen en todo caso razones vinculadas a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la Empresa* que amparan la medida cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1) *La solicitud expresa del empresario cliente respecto a la sustitución de una o varias personas trabajadoras; y/o* 2) *la pérdida del servicio contratado; y/o* 3) *la reducción del servicio contratado*. Para prestar servicios en procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas de día, las personas trabajadoras participarán, previa organización y

---

<sup>396</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo individuales y colectivas. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacia, salarial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, págs. 114 a 120.

planificación por la Dirección de la Empresa, en la obligada rotación de los mismos con el único límite de no ocupar el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria”. Igualmente, encontramos alguna matización en cuanto a las causas justificativas (*sic*: “causas motivadoras”) de la modificación sustancial de condiciones de trabajo en el art. 18.c del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022), cuando precisa que “en el caso de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, descritos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores/as, *se acuerda entender justificadas las causas motivadoras de los mismos cuando la adopción de las medidas propuestas ayude a mejorar la situación presente de la empresa en cuanto a que favorezcan su posición en el mercado o le permitan responder mejor a las exigencias del mismo*.”

En algún caso, se ha exigido adicionalmente la “necesidad” o la “excepcionalidad” de la modificación, y por tanto la “necesidad” o la “excepcionalidad” de las causas. Así, respectivamente, el art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Montajes Portugalete, S.L., Monporsa (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022) exige que “las modificaciones sustanciales por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” se fundamenten “en virtud de una *necesidad de la empresa*”; y, por su parte, el art. 36 (Disponibilidad de horas) del Convenio colectivo de la empresa Geminis Lathes, S.A. (BO de Gipuzkoa de 25 de noviembre de 2022) matiza que “en situaciones de *extrema necesidad* para el buen funcionamiento de la empresa, el Comité de Empresa acepta negociar de forma excepcional la modificación temporal y puntual de las condiciones establecidas en este artículo. La excepcionalidad será acordada por mutuo acuerdo entre la representación de la empresa y la mayoría de la representación de los trabajadores”.

Por lo demás, tan solo hemos detectado cláusulas convencionales que de forma indirecta reconocen la *incidencia de causas técnicas, o mejor dicho, tecnológicas*, para justificar la necesidad de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. De esta forma, el artículo 10 (Nuevas Tecnologías) del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) prevé que cuando en una empresa se introduzcan *nuevas tecnologías que pueden suponer para los trabajadores modificación sustancial de condiciones de trabajo* (...), se deberán comunicar las mismas con carácter previo a los representantes de los trabajadores en el plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias en relación con: empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo, aspectos estos sobre los que deberán ser consultados”. En este mismo sentido, el art. 11 (Nuevas tecnologías) del Convenio colectivo de las empresas

y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019) que contempla la posibilidad de que “en una empresa *se introduzcan nuevas tecnologías que puedan suponer para las personas trabajadoras una modificación sustancial de condiciones de trabajo*”; o el art. 17 del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5 de octubre de 2022), cuando manifiesta que “*en el supuesto de que la introducción de nuevas tecnologías suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo se estaría a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*”.

#### C.6.4. Procedimientos

No suele ser frecuente la concreción y determinación por la negociación colectiva de los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ni siquiera existe una presencia relevante de regulación convencional en aquellos aspectos a los que expresamente se remite el artículo 41.4 del TRET a los convenios colectivos, como en relación con la determinación de un procedimiento específico para llevar a cabo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo *de carácter colectivo*, puesto que el precepto legal exige que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo sea precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”). Y aquellos convenios colectivos que aportan alguna novedad se refieren mayoritariamente solo a la intervención de la comisión paritaria o comisión mixta de interpretación del convenio colectivo para resolver los conflictos que pudieran surgir durante el preceptivo período de consultas con los representantes de los trabajadores previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo (normalmente, respecto de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo).

##### C.6.4.1. Remisiones de la negociación colectiva al art. 41 del TRET y a otras fuentes reguladoras

Con cierta frecuencia, los convenios colectivos se limitan a remitirse al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecido legalmente. En ocasiones se precisan los preceptos legales de referencia, como sucede con el art. 24 del Convenio Colectivo de la empresa Urbaser S.A. Planta de Tratamiento de R.S.U de Zamora (BOP de Zamora de 28 de noviembre de 2022), cuando expresa que “en los casos en los que se produjera modificación sustancial de las condiciones de trabajo *se estará a lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, siendo preceptivo, por lo tanto, informar a los representantes de los trabajadores*”. Otras veces se deja abierto, refiriéndose

a la normativa vigente en cada momento, lo que facilita la adaptación a los posibles cambios normativos que pudieran acontecer durante la vigencia del convenio colectivo. Es el caso del art. 25 del Convenio colectivo de la empresa Agricultores de la Vega de Valencia, S.A. Centro de trabajo de Mutxamel (BOP de Alicante de 2 de diciembre de 2022), cuando dispone que “en los casos en que se produjera modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *se está a lo dispuesto en la legislación vigente en cada momento*”.

Algunos, curiosamente, se remiten a la regulación legal, aunque circunscribiéndose a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual. Así, el art. 16 del Convenio colectivo de la empresa Talleres Gallarreta Lantegiak, S.L. (BO de Gipuzkoa de 23 de noviembre de 2022) manifiesta que “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que no tenga carácter colectivo se ajustará a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”. Ninguna referencia a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

A veces, y sin perjuicio de esa remisión a la ley, se precisa algo más, aunque sea mencionando las causas justificativas de la modificación sustancial de condiciones de trabajo o exigiendo la comunicación a los trabajadores afectados o a sus representantes. Por ejemplo, el art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 5 de octubre de 2022) afirma que “cuando existan probadas razones técnicas, económicas, organizativas o productivas se notificará a la representación legal de las personas trabajadoras o, en su defecto, a las personas trabajadoras directamente afectadas, la modificación sustancial de sus condiciones laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”. En el mismo sentido, el art. 51 del Convenio Colectivo del Sector del Ciclo Integral del Agua de la provincia de Zamora (BOP de Zamora de 11 de noviembre de 2022) establece que “cualquier modificación de las condiciones de trabajo tal y como establece el artículo 41 del estatuto de los trabajadores deberá ser informada previamente a los/las representantes legales de los/las trabajadores/as, de acuerdo con el mencionado artículo del estatuto de los trabajadores”. De forma más completa, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) manifiesta que “en cuanto al régimen, procedimiento, derechos de consulta de los representantes de los trabajadores y efectos de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tanto individuales como colectivas se estará a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”.

También hay convenios colectivos que más que remitirse a la regulación legal lo que hacen es reproducir literalmente el procedimiento de modificación

sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 del ET, como hace el artículo 33.B del Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE de 25 de julio de 2022).

En otras ocasiones, el convenio colectivo de empresa se remite al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto por la regulación sectorial, al *procedimiento que establece el convenio colectivo sectorial de referencia*. Es el caso del art. 38 del Convenio colectivo de la empresa Geminis Lathes, S.A. (BO de Gipuzkoa de 25 de noviembre de 2022), cuando dispone que “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica *se regularán con lo previsto en el artículo 49 del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa 2023/2026*, salvo en lo que se refiere a la modificación sustancial de condiciones en materia salarial en las que el procedimiento de arbitraje se aplicará únicamente mediante acuerdo de sometimiento al mismo por ambas partes”. Ello nos ha obligado a consultar también dicho convenio colectivo sectorial.

En sentido contrario, también en algún caso se ha confirmado que hay convenios que dejan la *concreción del correspondiente procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo a cada empresa*. Se trata del Convenio colectivo de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE de 26 de enero de 2023), que en su artículo 8 (Facultades organizativas de la Dirección de la empresa) establece que en el marco del Convenio y de la legislación vigente, en cada empresa se concretarán las cuestiones que, tratándose de modificación sustancial de condiciones de trabajo, estarán sometidas a: 1) información a posteriori; 2) información previa; 3) consulta previa; y 4) negociación previa.

Por último, consideramos necesaria una aclaración. El art. 41 del TRET expone claramente cuáles son los criterios legales para distinguir una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual de otra colectiva. El criterio de diferenciación es básicamente el número de trabajadores afectados por la modificación, en función de la escala establecida legalmente. Esta distinción supone diferenciar también el procedimiento a seguir. Sin embargo, hemos detectado como en la negociación colectiva se eluden dichas previsiones legales, *diluyendo y difuminando esa distinción legal entre modificación individual y colectiva*, y estableciendo un procedimiento común para todos los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, el art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Montajes Portugalete, S.L., Monporsa (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022) y el art. 49 del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa (BO de Gipuzkoa de 1 de enero de 2023) consideran que las modificaciones sustanciales de trabajo que

“afecten a uno, varios o todos los trabajadores del centro de trabajo, se adecuarán al siguiente procedimiento”. Y resulta que en el primer convenio colectivo citado se trata del simple procedimiento de modificación sustancial de carácter individual (con independencia del número de trabajadores al que afecte), mientras que en el segundo se trata del procedimiento de modificación sustancial de carácter colectivo (también con independencia del número de trabajadores al que afecte).

#### C.6.4.2. *Requisitos para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual*

El art. 41.3 del TRET determina que “la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad”. Es la única referencia legal al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual. Y la negociación colectiva no añade previsión adicional alguna. Si acaso se limita a reproducir el precepto legal, como por ejemplo hace el art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Montajes Portugalete, S.L., Monporsa (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022) al exigir “comunicación previa al trabajador/es afectado/s y a los delegados de personal, con indicación de los motivos en que se fundamenta tal modificación (...), con una antelación mínima de quince días”. Excepcionalmente, solo hemos encontrado un par de casos en el que se amplía el plazo de notificación exigido legalmente. El primero, específicamente para las modificaciones sustanciales individuales: se trata del art. 12.10 del Convenio colectivo para la industria fotográfica (BOE de 5 de agosto de 2022), que dispone que “la representación legal de las personas trabajadoras será informada con una *antelación mínima de 21 días* en los casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual”. El segundo, indistintamente, para las modificaciones sustanciales tanto individuales como colectivas: se trata del art. 18.a del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022), que dispone que “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sean de carácter individual o colectivo deberán ser notificadas tanto al personal afectado como a la RLT con *treinta días naturales de antelación a su efectividad*”.

### C.6.4.3. Procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo

#### A. Remisión a los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos ex art. 82.3 del TRET en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo

Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo *establecidas por el convenio colectivo* aplicable se llevarán a cabo por el mismo procedimiento de descuelgue o inaplicación de determinadas condiciones de trabajo convenios colectivos<sup>397</sup>. La mayoría de convenios colectivos reconocen que para la resolución de las discrepancias que puedan surgir durante las consultas encaminadas a dicha modificación de condiciones reguladas por el convenio colectivo aplicable serán resueltas por la Comisión Paritaria del convenio, tal y como se verá más adelante.

De este modo, el procedimiento específico de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto por el precepto estatutario, por exclusión, es el correspondiente (tal y como vimos que matizaba el art. 41.2 del TRET) a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afecten “a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”. Las modificaciones que afectan a condiciones de trabajo establecidas por convenio colectivo siguen un procedimiento diferenciado. De ello se hacen eco, expresamente, algunos convenios colectivos. Así, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) recuerda que se regula de forma separada el descuelgue de condiciones de trabajo contenidas en este convenio colectivo: “la modificación y/o inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en el presente Convenio Colectivo deberá realizarse conforme lo establecido en su artículo 35”.

Respecto de tales procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas por el convenio colectivo aplicable, está previsto un trámite procesal concreto: *informar previamente de la pretensión de dicha modificación a la Comisión Paritaria del convenio colectivo*. Así, por ejemplo, el art. 53 del Convenio Colectivo del Sector de Confeitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Churrería, Fábrica de Chocolate y Turrónes de la Provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 29 de octubre de 2022) manifiesta que “antes de

---

<sup>397</sup> El art. 41.6 del TRET manifiesta que “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”.

acudir al procedimiento modificación sustancial de las condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 y suponga el no cumplimiento de lo regulado en el presente convenio colectivo, la Empresa afectada lo pondrá en conocimiento de la Comisión Paritaria antes de adoptarla y motivando las causas que justifiquen dicha medida”. Igualmente, el art. 11.5 (Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio Colectivo, CPIVC) del Convenio colectivo del Sector de Acción e Intervención Social (BOE de 28 de octubre de 2022) determina que es competencia de dicha comisión el “ser informada en los procedimientos de modificación sustancial e inaplicación de las condiciones laborales colectivas en un plazo no superior a tres días laborales desde la fecha de su presentación a la representación legal de los trabajadores que corresponda por dicha modificación”. También el art. 7 del Convenio colectivo del Sector de Servicios de Educación Ambiental de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de octubre de 2022) establece que la comisión se reunirá obligatoriamente “en los tres días siguientes a la recepción de la solicitud de dictamen previo en materia de procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *ex* artículo 41.6 del ET”; y emitirá dictamen “en orden a la resolución de las discrepancias que se pudieran plantear tras la finalización del periodo de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del presente Convenio Colectivo, de acuerdo con lo establecido en los arts. 41.6 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho dictamen deberá ser emitido en el plazo de siete días desde que la controversia fuera planteada a la comisión paritaria”. En realidad, y tal y como veremos en el punto 4.3.5, la intervención de la Comisión Paritaria en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo está especialmente prevista cuando se pretende la modificación de condiciones establecidas por el propio convenio colectivo.

En cualquier caso, dejamos a un lado estos supuestos que serán objeto de análisis en otro lugar, en el capítulo correspondiente al descuelgue e inaplicación de condiciones de trabajo reguladas por convenio colectivo.

## B. Comunicación del inicio del procedimiento de modificación

Centrándonos en el resto de supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y conforme al art. 41.4 del TRET, la dirección de la empresa “deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo”. Ello supone el punto de partida del procedimiento de modificación, para lo cual, a partir de ahí se constituirá una comisión representativa de los trabajadores, con los que se abrirá un período de consultas con la finalidad de alcanzar un acuerdo de modificación.

Poco añade la negociación colectiva a esta previsión legal. Si acaso, se limita a matizar algún aspecto, como hace el art. 49 del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa (BO de Gipuzkoa de 1 de enero de 2023) cuando exige “notificación previa a la representación del personal, *con indicación de los motivos en que se fundamenta tal modificación*”.

### C. Sujetos que intervienen en las consultas: la comisión representativa de los trabajadores

La norma estatutaria es muy profusa y detallista en la identificación de los sujetos que tendrán la condición de interlocutores durante las consultas necesarias para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, contemplando todas las situaciones previsibles en la que se pudiera encontrar la empresa. Tal vez por eso no sea extraño que la negociación colectiva apenas si pueda aportar nada más en la determinación de los interlocutores de tales consultas más allá de lo previsto legalmente.

De esta forma, el art. 41.4 del TRET dispone que “la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento”. Dicha comisión negociadora estará integrada por “un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas “corresponderá a *las secciones sindicales* cuando estas así lo acuerden, *siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”. Si no fuera así, subsidiariamente, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) *Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser*

las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) *Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo*, la intervención como interlocutores corresponderá, en primer lugar, al *comité intercentros*, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación; si no, a *una comisión representativa* que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas: 1) si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos; 2) si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes, y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión antes referida (*vid. a, supra*), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen<sup>398</sup>; 3) si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra *a*, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. El *plazo máximo para la constitución de la comisión representativa* será de *siete días* desde la fecha de la referida comunicación, *salvo que alguno de los centros de trabajo* que vaya a estar afectado por el procedimiento *no cuente con representantes legales de los trabajadores*, en cuyo caso el plazo será de *quince días*.

---

<sup>398</sup> En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Aunque son pocas las aportaciones de la negociación colectiva, alguna hemos encontrado. En algún convenio colectivo se detecta una *preferencia por la representación sindical* como interlocutor frente a comisiones *ad hoc* elegidas por trabajadores en los casos de centros de trabajo que no cuenten con representación legal de los trabajadores. Así, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) precisa que “*la intervención como interlocutores ante la Dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, esta se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos y con legitimación para formar parte de la Comisión Negociadora del presente Convenio Colectivo y salvo que los trabajadores decidiesen atribuir su representación a una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. En éste último caso la comisión designada deberá notificar a la Comisión Mixta (...) los trabajadores designados. Por otro lado, se tendrán en cuenta las particularidades previstas en la letra b) del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores para cuando el procedimiento afecta a varios centros de trabajo y algunos de ellos sí disponen de representación legal de los trabajadores*”. En el mismo sentido, el art. 21 del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5 de octubre de 2022) considera que “en los supuestos de ausencia de representantes legales de los trabajadores/as en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos del sector que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo, salvo que el personal atribuya su representación a una comisión designada con forme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET”.

Otras veces se trata simplemente de ajustar tales reglas generales a las particularidades de la empresa. Es el caso del art. 18.d.1 del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022), que simplemente considera que “los sujetos legitimados para negociar las modificaciones sustanciales de carácter colectivo serán de una parte, la representación libremente designada por la empresa y, de otra, la representación legal de los trabajadores/as de la misma”. Recordemos que se trata de un convenio colectivo de centro de trabajo.

## D. Período de consultas

### a) Plazos

El art. 41.4 del TRET, dispone que “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva”, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo “deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días”.

Tal y como ya nos hemos referido, transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa “podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores”. La falta de constitución de la comisión representativa “no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”.

Algunos convenios colectivos prevén la posibilidad de *ampliar el período de consultas por acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores*. Así, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) manifiesta que “mediante mutuo acuerdo *podrá ampliarse el período de consultas hasta un máximo de 30 días*”. En este mismo sentido, el art. 18.d.2 del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022), determina que “el período de consultas de dichos procesos podrá extenderse por un período no superior a treinta días naturales”.

### b) Contenido de la consulta

La norma estatutaria contiene unas previsiones mínimas sobre el posible contenido de las consultas entre el empleador y los representantes de los trabajadores de cara a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. En concreto, el art. 41.4 del TRET precisa que dicha consulta “versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”. En cualquier caso, añade, durante el periodo de consultas “las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”.

Son pocos los convenios colectivos que aportan algo más. Es el caso del art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018), que dispone que “al inicio del período de consultas, de dura-

ción no superior a quince días, la empresa entregará a la representación de los trabajadores por escrito la información que justifique la medida, los objetivos que se pretenden cubrir, la incidencia de la medida en la marcha de la empresa y/o en el empleo, así como en relación a las medidas necesarias para atenuar las consecuencias sobre las personas afectadas y evaluando de manera específica los riesgos laborales que puedan ocasionar las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que se pretenden implantar”. También hay cláusulas convencionales que *exigen un determinado número de intentos de negociación*. Así, el art. 11 del Convenio Colectivo de la Escuela Superior de Diseño de Valladolid (BOP de Valladolid de 4 de noviembre de 2022) dispone que “en el supuesto caso de que se trate de modificaciones sustanciales de las contenidas en el Artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, durante dicho plazo de quince días, las partes deberán mantener *al menos dos negociaciones*, de cuyas sesiones, se levantará Acta”.

#### c) Finalización de las consultas: con acuerdo y sin acuerdo

Conforme el propio art. 41.4 del TRET, el acuerdo que se adopte durante el período de consultas “requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”. Como precisa el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021), el acuerdo que en su caso se alcance “detallará los sistemas de información hacia la representación de los trabajadores en referencia a la efectiva puesta en marcha de la medida, así como el nivel de cumplimiento de los objetivos establecidos”. Por su parte, el art. 11 del Convenio Colectivo de la Escuela Superior de Diseño de Valladolid (BOP de Valladolid de 4 de noviembre de 2022) establece que si las consultas “finalizasen con acuerdo, se procederá a la aplicación inmediata de las medidas contenidas en el mismo”; en cambio, “en caso de desacuerdo, finalizados los periodos anteriormente indicados, la Dirección notificará al Comité de Empresa, el rechazo de sus propuestas y la entrada en vigor definitiva de la implantación, proceso o técnica que se aplique, manifestando en dicho escrito las razones y motivaciones de la Dirección del Centro”.

En cualquier caso, con o sin acuerdo, el empleador debe *comunicar a los trabajadores afectados la decisión modificativa*. El propio art. 41.5 del TRET exige que “la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los *siete días* siguientes a su notificación”. Se entiende que *si hay acuerdo se estará a lo pactado*, y *si*

*no hubiera acuerdo el empleador comunicará su decisión modificativa.* No obstante, hay algún convenio colectivo que, como mejora, *amplía dicho plazo de efectividad de la medida modificativa.* Es el caso del artículo 12.10 del Convenio colectivo para la industria fotográfica (BOE de 5 de agosto de 2022) cuando dispone que “tras la finalización del período de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurridos *treinta días*, sin perjuicio del derecho de las personas afectadas a rescindir su contrato ni de la posible reclamación en conflicto colectivo ante la Jurisdicción competente”.

Finalmente, hay que recordar que en caso de finalizar el período de consultas sin acuerdo suele estar prevista la intervención de la Comisión Paritaria del convenio colectivo, especialmente cuando se trata de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo (*ex art. 41.6 del TRET*). Para tales casos, hay convenios colectivos que tienen prevista un Acta de Desacuerdo. Es el caso del Anexo IX (A la Comisión Paritaria. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Acta de Desacuerdo) del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5 de octubre de 2022) que incluye los siguientes datos identificativos: 1) Datos de la Empresa; 2) Nombre o razón social; 3) CIF; 4) Domicilio social; 5) Localidad; 6) Código Postal; 7) Convenio Colectivo de la Madera, Carpintería, Muebles y Afines de la Comunitat Valenciana. Y que refiere lo siguiente: “la Empresa X y su Representación de los/las Trabajadores/as, comunican que han finalizado sin acuerdo la inaplicación planteada de acuerdo al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Se remite a la Comisión Paritaria la presente Acta junto con la solicitud de modificación de la empresa y sus causas, junto con la documentación correspondiente. Se envían, asimismo, en su caso, las alegaciones que efectúa la Representación de los/las Trabajadores/as y la documentación aportada. Ambas partes, Empresa y Representación de los/las Trabajadores/as, se dirigen a la Comisión Paritaria para que esta resuelva la discrepancia, solicitando ambas partes, para el caso de que la Comisión no alcance acuerdo, someterse al Arbitraje Vinculante del correspondiente Servicio de Mediación y Arbitraje”.

E. Sometimiento a la Comisión Paritaria de las discrepancias durante el período de consultas o de la finalización del período de consultas sin acuerdo

En primer lugar, *la intervención de la Comisión Paritaria puede sustituir a la negociación durante el período de consultas.* Por ejemplo, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021) establece que “las partes *podrán en cualquier momento sustituir mediante*

*acuerdo el periodo de consultas a que hace referencia el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores por la mediación y/o arbitraje de la Comisión Mixta del presente Convenio (...) y que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”.*

En línea con lo anterior, también encontramos algunas cláusulas convencionales que tienen prevista la intervención de la Comisión Paritaria *cuando no exista representación legal de los trabajadores con los que realizar las correspondientes consultas*. Es el caso del art. 49.h del Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP de Jaén de 1 de diciembre de 2022) que atribuye a la Comisión Paritaria “la intervención y mediación, en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41. 1 ET) o inaplicación del régimen salarial del convenio (artículo 82. 3 ET), cuando no exista representación legal de los trabajadores/as, con los procedimientos y plazos de actuación establecidos, para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguarda de los derechos afectados. Para ello podrán intervenir los representantes de las organizaciones sindicales en la comisión como interlocutores ante la empresa, en representación de los trabajadores y trabajadoras afectados/as. Las discrepancias en el seno de la comisión o la imposibilidad de alcanzar acuerdos, podrán someterse al Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos”.

En segundo lugar, el sometimiento a la Comisión Paritaria del convenio colectivo *para resolver las discrepancias que pudieran surgir durante el período de consultas* también es expresamente considerado por algunos convenios colectivos. Igualmente, aunque centrado en la modificación de condiciones establecidas en convenio colectivo, el art. 8 (Comisión Paritaria) del Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 9 de marzo de 2022) dispone que “la Comisión Paritaria podrá resolver cualquier discrepancia que surja en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que le será planteada conforme a lo establecido en el artículo 41.6 del Estatuto de los Trabajadores”. En los términos similares se expresa el artículo 84 del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 15 de noviembre de 2023).

En relación con tales discrepancias, también está prevista la intervención de dicha Comisión Paritaria *cuando el período de consultas finaliza sin acuerdo*. Entre otros, el art. 7.10 (Comisión Paritaria) del Convenio colectivo del Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva de 2 de noviembre de 2022) atribuye a la misma las competencias para intervenir en los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta

previsto en el artículo 41 del TRET (únicamente en este caso, respecto de las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo) cuando “no exista acuerdo entre empresa y representación de los/as trabajadores/as”, y los procesos de mediación o el arbitraje serán asumidos por la comisión que resolverá en los plazos respectivamente prevenidos. En el mismo sentido, el anteriormente citado art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021) también dispone que “*en caso de desacuerdo, las partes deberán solicitar la mediación o, en su caso, el arbitraje de la Comisión Mixta*”; el art. 7.3.4 del Convenio colectivo del Sector de exhibición cinematográfica, personal de sala y cabina, de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022) que atribuye como competencia de la comisión paritaria la “intervención, mediación y resolución de las discrepancias y los desacuerdos tras el período de consultas regulado para los casos de modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo (artículo 41.4 T.R.E.T.)”<sup>399</sup>; o el art. 21 del Conve-

---

<sup>399</sup> El art. 8 del Convenio colectivo del Sector de exhibición cinematográfica, personal de sala y cabina, de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022) establece un Procedimiento especial en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.4 T.R.E.T.) y de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidos en el Convenio y enumeradas en el artículo 82.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de un procedimiento conjunto, tanto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo como para la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en el convenio, que prevé un específico procedimiento en caso de discrepancias o desacuerdos durante el período de consultas: 1) Inicio. El procedimiento se iniciará por cualquiera de las partes afectadas mediante escrito dirigido a la Comisión Paritaria, haciendo constar expresamente nombre, apellidos, domicilio y DNI del o de los solicitantes (o denominación social, domicilio y CIF, en caso de ser persona jurídica) y en todo caso la dirección de correo electrónico, si la tuviera, la identificación y justificación de la representación en que actúa, y una exposición clara del objeto del periodo de consultas y de la discrepancia o discrepancias surgidas, así como la pretensión concreta, acompañando la documentación que interese a su derecho. 2) Reunión de la Comisión Paritaria. La Comisión Paritaria se reunirá en plazo máximo de 7 días hábiles (excluyendo sábados, domingos y festivos) desde la fecha de la recepción del escrito de inicio para conocer y deliberar respecto a las discrepancias sometidas a su consideración. Se considerará válidamente constituida la Comisión Paritaria si comparecen, al menos, un componente por cada una de las Asociaciones empresariales y Sindicatos que la componen, que mantendrán la representatividad que corresponde a su Asociación empresarial o Sindicato en el seno de la misma. La Comisión Paritaria, de oficio o a petición de parte, podrá convocar de comparecencia conjunta a las partes afectadas para completar la información, en cuyo caso dicha comparecencia deberá realizarse dentro del plazo para emitir la Resolución. 3) Resolución de la Comisión Paritaria. Las Resoluciones de la Comisión Paritaria se adoptarán por mayoría de cada una de las partes, empresarial y social, y podrá ser Resolución con Acuerdo, Resolución con Desacuerdo o Inexistencia de Resolución (si en el plazo de 7 días hábiles desde la recepción del escrito de inicio por la Comisión Paritaria, ésta no se hubiera reunido o, habiéndose reunido, no hubiera emitido Resolución en los inmediatos 7 días hábiles siguientes, se entenderá la existencia de desacuerdo). 4) Obligatoriedad del TAL. Tanto si se produce desacuerdo, como si no se emite Resolución, las partes deberán acudir obligatoriamente al Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana para resolver sus discrepancias, en el plazo máximo de 20 días hábiles desde la fecha de la Resolución o, si no la hubiera, desde el transcurso de los treinta días hábiles desde la presentación del escrito de inicio ante la Comisión Paritaria. En el caso de no llegarse a acuerdo en el TAL, transcurridos quince días desde el inicio de la mediación, las partes se someterán a Arbitraje en el seno de este mismo Tribunal y con las normas que lo regulan.

nio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5 de octubre de 2022), que dispone que “en el caso de que, tras el correspondiente periodo de consultas establecido en el artículo 41.4 del ET, no se alcanzase acuerdo en la empresa en la negociación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo regulada en el número 6 de dicho precepto, deberán remitirse las actuaciones dentro de los cinco días siguientes a la Comisión Paritaria a fin de que esta solvete las discrepancias”, teniendo en cuenta que “dichas actuaciones deberán enviarse junto con la correspondiente acta de desacuerdo”. En este último caso, se está pensando también en modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas por convenio colectivo.

En tales casos, el grado de intervención de la Comisión Paritaria en la modificación sustancial de condiciones de trabajo puede ser muy diverso. En algunas ocasiones, dicha intervención es mínima, reduciéndose a un derecho a ser informada del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como acontece con el artículo 9 (Comisión Mixta de Interpretación y Seguimiento) del Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016, con Resolución de 2 de agosto de 2022 para revisión de tablas salariales de 2022 a 2025), cuando dispone que “la Comisión Mixta será informada en el mismo momento de la apertura del periodo de consultas y posteriormente, en el plazo de cinco días desde su firma, de los acuerdos alcanzados en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo reguladas en el artículo 41 del ET”. En otras ocasiones la intervención de la comisión paritaria es mucho más intensa, como se aprecia en la Disposición Adicional 3ª (Comisión mixta de interpretación) del Convenio colectivo de la empresa Supercor, S.A. (BOE de 11 de abril de 2022), cuando establece que “en los casos de materias reguladas en Convenio colectivo que deban ser objeto de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, una vez finalizado el periodo de consultas previas sin acuerdo, se someterá la cuestión a la Comisión Paritaria a efectos de obtener un acuerdo en dicha materia. Dicha Comisión dispondrá de un plazo máximo de 7 días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. De no alcanzarse un acuerdo, en el caso de que se decidiera continuar con la modificación sustancial, las partes para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación, someterán por acuerdo la cuestión a un arbitraje, de equidad o de derecho, según la naturaleza de la cuestión sometida su consideración, designando tres árbitros por acuerdo. En caso de desavenencia en la designación, cada parte designará un/a árbitro y el tercero será consensuado, o designado por sorteo entre los propuestos por cada parte”. También se expresan en parecidos términos el artículo 10 (Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras) del Convenio colectivo de la empresa Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. (BOE de 28 de julio de 2022) que atribuye a la Comisión Paritaria competencia para entender de “los términos y condiciones para el conocimiento y resolución

de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo” (obviamente, también en materia de inaplicación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo); el artículo 9 del Convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 28 de marzo 2020); o la Disposición Final 6ª (Procedimiento de solución de discrepancias en la negociación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo establecidas en este Convenio colectivo) del Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE de 28 de octubre de 2021).

\* \* \*

No obstante, en relación con ambos casos, es decir, *ya sea por decisión de los interlocutores durante el período de consultas, ya sea por discrepancias durante el período de consultas o ausencia de acuerdo tras finalizar el mismos*, el anteriormente mencionado art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021) añade una precisión importante, que concede más margen de maniobra a la decisión modificativa unilateral de la empresa: “en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecten a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos, *la aplicación de los procedimientos de mediación y arbitraje a que se refiere el párrafo anterior no interrumpirá la aplicación de las posibles modificaciones ordenadas por la Dirección de la empresa una vez agotado el periodo de consultas*”.

Sin embargo, y con independencia de todo lo dicho hasta ahora, lo cierto es que la inmensa mayoría de convenios colectivos que se refieren a la *intervención de la Comisión Paritaria del convenio colectivo en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo lo hacen solo respecto de aquellas modificaciones que afectan a condiciones de trabajo establecidas por el propio convenio colectivo* (vid. 4.3.1) y que conforme al art. 41.6 del TRET, se equiparan procedimentalmente a los supuestos de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo (art. 82.3 del TRET). Así, entre otros muchos, el art. 6 (Comisión mixta paritaria. Funciones y procedimiento) del Convenio colectivo de la empresa Serveo Servicios S.A., anteriormente Ferrovial Servicios (DO de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2022) regula conjuntamente “los procedimientos para solventar las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el Artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores y respecto a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo conforme a lo establecido en el Artículo 41.6 del Estatuto de los Trabajadores”. De tal forma que “*en los casos de materias reguladas en convenio colectivo que deban ser objeto de modifica-*

*ción sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo*, una vez finalizado el período de consultas previas sin acuerdo, se someterá la cuestión a la Comisión Paritaria a efectos de obtener un acuerdo en dicha materia conforme al procedimiento ordinario anteriormente indicado de las reuniones de la Comisión Mixta Paritaria<sup>400</sup>. En el caso de que “no fuese posible llegar al acuerdo según las previsiones establecidas en este Convenio Colectivo y Estatuto de los Trabajadores, las partes someterán esta cuestión a un sistema de mediación, con la finalidad de solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir sobre la materia tratada, *acudiendo a aquellos órganos de mediación, arbitraje y conciliación que se encuentran regulados en los Acuerdos sobre solución autónoma de conflictos (sistema extrajudicial), vigentes*”. En idénticos términos se expresa el art. 6 del Convenio Colectivo de la empresa Prezero Gestión de Residuos, S.A. (BOP de Guadalajara de 29 de noviembre de 2022). Igualmente la Cláusula Adicional 1ª Convenio colectivo de la empresa Golf la Riviera, Sociedad Anónima y C. D. Recreativo Miraflores (BOP de Málaga de 18 de agosto de 2021), de forma más escueta, determina que la comisión paritaria entenderá de forma previa de las discrepancias que puedan surgir en cuanto a “la negociación de posibles *modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones de trabajo establecidas en el presente convenio colectivo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 del Estatuto de los Trabajadores”. En el mismo sentido, el art. 14 del Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE de 17 de octubre de 2022); el art. 6 del Convenio colectivo del Sector de Hoteles y Alojamientos Turísticos de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 19 de septiembre de 2022); el art. 46 del Convenio Colectivo del Comercio de Alimentación de la Provincia de Zamora (BOP de Zamora de 3 de octubre de 2022); el art. 50 del Convenio Colectivo del Sector del Ciclo Integral del Agua de la provincia de Zamora (BOP de Zamora de 11 de noviembre de 2022); o el art. 20 del Convenio colectivo de la Industria y el Comercio de la Vid para la provincia de Valladolid (BOP de Valladolid de 19 de octubre de 2022), que atribuye como competencia de la comisión paritaria su “intervención para tratar de resolver los desacuerdos en el periodo de consulta de modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo”.

#### F. Mediación o arbitraje e intervención de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales

Como ya hemos adelantado, algunos convenios colectivos tienen previsto el sometimiento a mediación o arbitraje en el marco de los correspondientes mecanismos de solución extrajudicial de conflictos laborales *cuando el período*

---

<sup>400</sup> Con estas mismas palabras se expresa también el art. 4.3 del Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, S. A. U., centro de trabajo de la Planta de Transferencia del Aeropuerto de Adolfo Suárez-Madrid, (BOCM de 3 de diciembre de 2022).

*de consultas finalice sin acuerdo.* Así, por ejemplo, el art. 18.e (Finalización del período de Consultas sin Acuerdo) del Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U., Centro de trabajo de Zierbena (BO de Gipuzkoa de 24 de noviembre de 2022) dispone que “en el caso de que el período de consultas finalice sin acuerdo entre las partes, será preceptivo someterse a los procedimientos de conciliación o mediación contemplados en el PRECO -Acuerdo Interprofesional para la Solución de Conflictos Colectivos en la Comunidad Autónoma Vasco- previamente a la adopción de la medida por la parte empresarial”. En el mismo sentido, en el art. 49 -y la disposición adicional sexta del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa 2023-2026-, considera que en el caso que en dicho plazo de 15 días no se alcanzase un acuerdo mayoritario sobre la necesidad de tal modificación “se someterá la cuestión al procedimiento arbitral del PRECO, quien deberá dictar el correspondiente Laudo en un plazo que no exceda a los 15 días desde la finalización del período de consultas”. Y también prevé que para el caso de que la representación legal del personal no acepte el arbitraje obligatorio “la decisión de modificación será ejecutiva por parte de la empresa en los términos establecidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores a contar desde la finalización del período de consultas salvo en las modificaciones de la cuantía del salario de carácter colectivo, en cuyo caso será necesario el acuerdo colectivo”. También el art. 7.9 del Convenio colectivo del Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva de 2 de noviembre de 2022) considera que “en el supuesto de que, tras el correspondiente periodo de consulta referida a el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, no se lograrse acuerdo en la Empresa, en la negociación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (...), podrán remitirse por la Comisión Paritaria, el expediente completo, dentro de los cinco días siguientes al SERCLA de la provincia de Huelva, a fin de que éste de solución a las discrepancias planteadas. Si dicha institución no alcanzara acuerdo en el término de siete días, las partes podrán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales del Ámbito Autonómico Andaluz, conforme a lo previsto en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, y si aun así persistiese la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someterla al Órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma Andaluza”.

Pero no solo en tal caso. No solo cuando el periodo de consultas finaliza sin acuerdo. También hay convenios colectivos que permiten que dicho sometimiento a mediación o arbitraje de carácter extrajudicial tenga lugar *en cualquier momento que las partes lo quieran acordar*. Esto se desprende, por ejemplo, del art. 7.3.4 del Convenio colectivo del Sector de exhibición cinematográfica, personal de sala y cabina, de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022), cuando alude a la posibilidad de que “las partes hayan optado por la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación

o arbitraje, será obligatoria y previa al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales o judiciales”.

Igualmente, hay procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que *se remiten directamente* para la resolución de las discrepancias que pudieran surgir a organismos de solución extrajudicial de conflictos laborales. Por ejemplo, el art. 89.d (Conflictos individuales) del Convenio Colectivo de la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, S.A., Emasesa, (BOP de Sevilla de 28 de noviembre de 2022) sostiene que “los Conflictos Individuales que se produzcan en la empresa se someterán al SERCLA en el trámite de conciliación previa a la vía judicial”. Entre las materias que serán elevadas al SERCLA se destacan las “modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”. En el mismo sentido, el art. 10 (Sumisión al SERCLA de los conflictos colectivos y de determinados conflictos individuales) del Convenio colectivo para el Sector de Suministros Industriales de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva de 2 de noviembre de 2022) y el art. 10 del Convenio colectivo de Sector de Montajes de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva de 11 de octubre de 2022), consideran que en relación a los conflictos individuales que se susciten en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo “se someterán igualmente a los procedimientos contemplados en el SERCLA para los conflictos individuales”. También el art. 9 (Resolución extrajudicial de conflictos) del Convenio colectivo del Sector de exhibición cinematográfica, personal de sala y cabina, de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022) manifiesta que ambas partes se adhieren al Acuerdo de Solución de Conflictos Laborales vigente (...) para solucionar de forma extrajudicial los conflictos colectivos, así como, en su caso, a los que se adopten en cumplimiento de lo establecido en el art. 41.4 del TRET (modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo), previo sometimiento obligatorio a la Comisión Paritaria.

También hay supuestos en los que la intervención de un sistema extrajudicial de solución de conflictos laborales tiene lugar cuando *existen discrepancias y falta de acuerdo en la propia Comisión Paritaria*. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 49 (*vid. supra*, 4.3.5) del Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP de Jaén de 1 de diciembre de 2022); con el art. 10 del Convenio colectivo de Sector de Montajes de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva de 11 de octubre de 2022); con el art. 8 (*vid. nota 18*) del Convenio colectivo del Sector de exhibición cinematográfica, personal de sala y cabina, de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 5 de octubre de 2022); o con el art. 21 del Convenio colectivo de trabajo de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunitat Valenciana (DOCV de 5 de octubre de 2022), que manifiesta que “en caso de que la citada comisión no

lograse un acuerdo en el plazo de 7 días remitirá, dentro de los 3 días siguientes, las actuaciones al TAL (Tribunal de Arbitraje Laboral), a fin de que este dicte el correspondiente arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas”.

### G. Procedimientos alternativos de modificación sustancial de condiciones de trabajo

En la negociación colectiva encontramos también otros procedimientos, si se quiere “alternativos”, de *modificación de los sistemas de organización de trabajo* que son manifestación del poder de dirección empresarial, y que no tienen consideración legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex art. 41 del TRET*. De este modo, el art. 50 (Procedimiento para la implantación, modificación o sustitución de los sistemas de organización de trabajo) del Convenio colectivo de la empresa Valeo Térmico, S.A. (BOP de Zaragoza de 2 de abril de 2022) prevé que “cuando la empresa modifique el estudio de tiempos y/o métodos<sup>401</sup>, procederá de la siguiente forma”: a) la dirección informará con carácter previo a los representantes legales de los trabajadores de la implantación o sustitución que ha decidido efectuar; b) ambas partes, sin perjuicio de su aplicación práctica, podrán constituir la *comisión de organización y tiempos*<sup>402</sup> (dicha comisión, mediante informe que deberá elaborarse en el término máximo de quince días, manifestará su acuerdo o disenterá razonadamente de la medida adoptada); c) si en el término de otros quince días no fuera posible el acuerdo, ambas partes podrán acordar la sumisión a un arbitraje; d) de persistir el desacuerdo, la implantación o modificación del sistema se ajustará en cuanto a su aprobación a lo previsto en la legislación laboral vigente.

---

<sup>401</sup> Conforme al art. 52 (Revisión de tiempos y rendimientos) del mencionado Convenio colectivo de la empresa Valeo Térmico, S.A. (BOP de Zaragoza de 2 de abril de 2022), dicha revisión de tiempos y rendimientos se efectuará por alguno de los hechos siguientes: a) por reforma de los métodos, medios o procedimientos; b) cuando se hubiese incurrido de modo manifiesto e indubitado en error de cálculo o medición; c) si en el trabajo se hubiese producido cambio en el número de trabajadores, siempre y cuando las mediciones se hubieran realizado para equipos cuyo número de componentes sea determinado o alguna modificación sustancial en las condiciones de aquel; d) por acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores.

<sup>402</sup> El art. 51 (Comisión de organización y tiempos) del mismo Convenio colectivo indica que dicha comisión estará compuesta por un máximo de seis miembros: “La mitad de los miembros procederán de los representantes legales de los trabajadores y ostentarán su representación y serán designados por estos. La otra mitad será nombrada por la dirección de la empresa”. La citada comisión conocerá de la valoración de los tiempos gama con los siguientes criterios: 1) se tomarán los tiempos gama aplicando el método MOST; 2) los tiempos gama serán respetados, salvo las incidencias no imputables al trabajador (paro logístico, averías, falta de material, etc.); 3) en caso de discrepancia podrá revisar los tiempos y arbitrar soluciones.

Igualmente, aparecen con cierta frecuencia procedimientos específicos para *flexibilizar la jornada de trabajo o el calendario laboral*. Es el caso del art. 11 (Jornada anual) del Convenio colectivo del Sector de la Hostelería de la Provincia de Badajoz (DOE de 11 de noviembre de 2022), que expresamente prevé que “las empresas que pretendan hacer uso de la flexibilización de la jornada laboral y/o del calendario laboral deberán cumplir los siguientes trámites”: 1) Notificación de su decisión al trabajador/a afectado y de los términos de la misma con una antelación mínima de cinco días, salvo causa de fuerza mayor que impida respetar dicho plazo (en todo caso, el trabajador/a deberá cumplir con la decisión empresarial, reservándose este/a el derecho a impugnar dicha imposición en caso de disconformidad con la misma ante la Administración competente en la materia, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción de la notificación); 2) notificación a la Comisión Paritaria del convenio explicando los términos en los que consiste dicha flexibilización, acompañando obligatoriamente una copia debidamente sellada y firmada tanto por la empresa como por la representación legal de los trabajadores del calendario laboral de la empresa, así como copia del acuse de recibo de la comunicación realizada a los/las trabajadores/as afectados (dicha comunicación deberá realizarse con cinco días de antelación a la pretendida flexibilización, salvo causa de fuerza mayor que impida respetar dicho plazo). En todo caso, “quedan excluidos de la flexibilización horaria, aquellos/as trabajadores/as que se encuentren en situación de reducción de jornada por guarda y/o custodia legal, en cualquiera de los términos establecidos en la legislación vigente”.

H. Limitaciones a la modificación sustancial de condiciones de trabajo:  
el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres  
el principio de no discriminación y el respeto a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar

En unos pocos casos, la negociación colectiva introduce ciertas limitaciones a la modificación sustancial de condiciones de trabajo derivadas del respeto al principio de igualdad y con el fin de garantizar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Así, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) precisa que “*no serán posibles las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo individuales o colectivas que contravengan la regulación de condiciones recogidas en este Convenio y/o desarrolladas en acuerdos colectivos o pactos de articulación cuya finalidad sea garantizar el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo, o cuando supongan un menoscabo de la dignidad*”. También hay algún convenio colectivo que establece reglas *especiales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares*, como sucede con el artículo 57.1

del Convenio colectivo de la empresa Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE de 6 de mayo de 2022), cuando fija unos límites a la modificación sustancial derivados del derecho de conciliación de la vida familiar, personal y laboral: “la aplicación a trabajadoras o trabajadores con responsabilidades familiares de medidas de modificación sustancial de condiciones (...) de tipo individual o colectivo que afecten la jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos u otra condición de trabajo o empleo que afecte el derecho constitucional a la conciliación, sólo podrá llevarse a cabo a través del procedimiento establecido en este artículo”. A efectos de lo dispuesto en este convenio, se entenderá como personal con responsabilidades familiares “aquel personal que tengan menores de doce años a su cargo o parientes dependientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La presente cláusula se acuerda en aplicación del artículo 85.1 ET *in fine* y del artículo 45 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

### C.6.5. Efectos

De forma generalizada, la negociación colectiva no regula las consecuencias y efectos de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ante dicho silencio, la única fuente de regulación lo constituye el artículo 41 del ET, y en particular el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo con derecho a indemnización cuando se considere perjudicado por la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el derecho a emprender las acciones individuales o colectivas ante la jurisdicción social<sup>403</sup>. A lo sumo, lo que hemos encontrado son convenios colectivos que directamente se remiten a los efectos regulados en el precepto estatutario, como, por ejemplo, hace el artículo 28.5 del Convenio colectivo de la Industria Química (BOE de 19 de julio de 2021).

Excepcionalmente, en unos cuantos casos, hemos encontrado cláusulas convencionales reguladoras de la *indemnización* que procede si el trabajador extingue su contrato de trabajo por rechazar la decisión empresarial de modificación sustancial, introduciendo *una mejora, una mayor cuantía*. Así, el art. 16

---

<sup>403</sup> En concreto, el art. 41.3 del TRET establece que ante la modificación de determinadas condiciones de trabajo (los previstos en las letras a, b, c, d y f del art. 41.1), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial “tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”. Además, y “sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones”.

del Convenio colectivo del grupo Generali España (BOE de 18 de noviembre de 2022) establece que “sin perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva del personal afectado (...), las personas trabajadoras que rechacen la decisión empresarial tendrán derecho a la extinción de su contrato de trabajo, con una indemnización bruta equivalente al resultado de aplicar el módulo de 36 días de salario bruto anual por año de servicio, con el tope de 24 mensualidades”.

En algún caso, se ha reconocido de forma expresa el carácter extrasalarial de dicha indemnización, cosa hasta cierto punto innecesaria, por ya estar expresamente reconocida como tal por el art. 26.2 del TRET. Así, el art. 11 (Estructura salarial y tablas salariales) del Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, S. A. U., centro de trabajo de la Planta de Transferencia del Aeropuerto de Adolfo Suárez-Madrid, (BOCM de 3 de diciembre de 2022), precisa que “no tendrán la consideración de salarios las cantidades percibidas por el personal en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes o que se deriven de procesos de traslados, *modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo* o despidos”.

No obstante, y de forma aún más novedosa, hay algún convenio colectivo que establece una *compensación económica en forma de complemento salarial* para aquellos trabajadores a los que se les vaya a modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo de forma temporal. Se trata del art. 26 (Plus de turno abierto y por modificación eventual del horario de trabajo) del Convenio colectivo de la empresa Persan, S.A. (BOP de Sevilla de 25 de noviembre de 2022), que manifiesta que “aquellos trabajadores o trabajadoras que trabajen solamente por la mañana o por la tarde o a tres turnos, que por necesidades del servicio, *con modificación de su horario habitual de trabajo*, pasen a desempeñar esporádicamente trabajos en régimen de turnos rotativos abiertos (dos turnos cualquiera que sea su horario sin cubrir el turno de noche) *percibirán en tanto permanezcan en dicha situación, un complemento por este concepto*”. Igualmente “se abonará a aquellos trabajadores o trabajadoras que presten como horario habitual de trabajo el sistema de dos turnos rotativos. Cuando por necesidades del servicio sea necesario adelantar o retrasar la entrada o salida del trabajo modificando el horario habitual del mismo”. En ambos casos, “se percibirá el importe resultante de aplicar el porcentaje que se establece en la tabla Anexo V sobre el Salario de Grupo Profesional correspondiente y en proporción a los días trabajados. El importe diario del citado complemento consistirá en la cantidad resultante de multiplicar por 12 el importe anterior y dividirlo por el número de días que resulte de restar a los naturales del año, los sábados y domingos”.

En otras ocasiones la compensación económica por modificación sustancial de condiciones de trabajo menos favorable para el trabajador no está tan clara ni definida, sino que se exige simplemente su posterior concreción. Así acontece con el art. 18 (Jornada laboral) del Convenio Colectivo de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BO de Bizkaia de 17 de noviembre de 2022), que establece tanto para los casos de pactos de modificación de la jornada como para los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo en virtud del art. 41 del TRET que “se debe incluir una compensación económica o de cualquier otra índole por dicha prestación de servicios en condiciones menos favorables”, menos favorables a la jornada de trabajo definida con carácter general por dicho precepto convencional.

Hay que destacar también cómo algunas cláusulas convencionales reconocen el *deber de información sobre posibles nuevos riesgos laborales derivados de la modificación sustancial de condiciones de trabajo*. De este modo, el art. 28.5 del Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) dispone que “en el supuesto de implantarse finalmente dichas modificaciones *se informará previamente a los afectados de los posibles nuevos riesgos y se realizarán asimismo las adaptaciones que procedan en el plan de prevención de riesgos laborales*<sup>404</sup>”.

Por último, algún convenio colectivo reconoce *el derecho del trabajador a oponerse a la decisión modificativa* cuando se hubiera incumplido algún requisito establecido por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo aplicable. El trabajador se podría negar legítimamente. Así, el art. 16 del Convenio Colectivo sectorial de Limpieza de edificios y locales de Bizkaia (BO de Bizkaia de 23 de noviembre de 2022), tras recordar que “cualquier modificación en las condiciones de trabajo se comunicará a los representantes sindicales de los trabajadores” y que “también se informará de ellas a los trabajadores/as afectados con quince días de antelación”, dispone que el trabajador se puede “negar a este cambio en caso de que no se cumplimente este requisito”.

## C.7. FLEXIBILIDAD SALARIAL \*

Básicamente en orden a la flexibilidad salarial debemos resaltar en primer lugar la propia flexibilidad normativa en la configuración del salario y, en segundo, debemos hacer referencia a cuatro elementos básicos para renegociar o

---

<sup>404</sup> No obstante, tal y como indica su artículo 7, previo a la modificación de las condiciones de trabajo debido a cambios en la organización del mismo, a introducción de nuevas tecnologías, o cambios en los sistemas de rendimientos, se procederá a realizar la *evaluación de los riesgos que pudieran generar la introducción de dichos cambios*.

\* Apartado realizado por la Prof. Dra. María Desamparados BOHIGUES ESPARZA, Profesora Ayudante Doctora, Departament Dret del Treball i de la Seguretat Social, Universitat de València.

modificar los salarios pactados que en nuestra opinión son los siguientes: las reglas sobre ultraactividad del convenio, las reglas sobre inaplicación del convenio, la posibilidad de un convenio de empresa concurrente y prevalente sobre el sectorial y, finalmente, la posibilidad de modificación sustancial de aspectos relativos a las retribuciones que no se regulen en normas estales o convenios estatutarios.

Sobre la flexibilidad en la determinación inicial del salario nos remitimos a lo que ya dijimos; en efecto, como avanzamos, la norma legal remite a las partes la determinación del salario, tanto en cuanto a su cuantía como en cuanto a su estructura, pues a ellas corresponde determinar el salario base y los complementos salariales, debiendo establecer el régimen jurídico a que se someterán y el carácter consolidable o no de los mismos y otras muchas reglas al respecto (26, 29 y 31 ET), además de que las normas legales no fijan ya cuantías mínimas para muchos complementos o las remiten al valor de la hora ordinaria que dependerá, así, del salario pactado (por ejemplo valor de las horas extraordinarias – art. 35.1 ET-, de las horas complementarias – art. 12.5.i) ET - o del complemento por trabajo nocturno -36.2 ET -); incluso en la actualidad, complementos que en otro momento tuvieron un peso importante en la cuantía salarial, no son obligatorios ni encuentran cuantías concretas, ni siquiera como mínimos, de determinación legal, como el complemento por antigüedad (art. 25 ET).

Puede verse, pues, que en este caso la flexibilidad es amplia, sujeta como mucho a unos condicionantes muy básicos, respeto al salario mínimo interprofesional (art. 27 ET) y respeto a la igualdad en el abono de salarios por trabajos de igual valor (art. 28 ET).

Es más, en la determinación del salario base la norma legal permite su fijación tanto por unidad de tiempo, como por unidad de obra facilitando así formas como el destajo y similares que permiten mayor vinculación entre salario y productividad.

Por otra parte, en materia de flexibilidad salarial, los conflictos derivados de la inflación producida en los años 2021 y 2022 repercuten de manera significativa en los convenios firmados con anterioridad a esta etapa vinculados al incremento del IPC, adicionando un porcentaje a dicha subida, por lo que es posible que se produzcan acuerdos posteriores con la finalidad de establecer medidas de contención que permitan disminuir los costes salariales derivados de esta situación<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 3, nº 3, 2022, pág. 12. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/7365>

Es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el sector de asistencia en tierra en aeropuertos<sup>406</sup>, que preveía un incremento anual del salario para los años 2019, 2020 y 2021, equivalente al incremento del IPC real para cada uno de ellos, incrementado en dos puntos, estableciendo una subida mínima del 3 % para cada uno de los años y, *“a tal efecto, una vez conocido el IPC real de cada año, si éste resultara superior al porcentaje de incremento establecido en las tablas anexas, se efectuaría una revisión de los importes para la regularización de la diferencia entre el incremento del 3% y el IPC real, con carácter retroactivo, desde el 1 de enero de cada año”*.

La aplicación de esta cláusula en el año 2021 (que suponía un incremento salarial de 3,5% y que además debería aplicarse con efectos retroactivos a 1 de enero de 2021) generó discrepancias entre las empresas y la representación de las personas trabajadoras. Tales diferencias se resolvieron en abril de 2022 mediante un acuerdo –incorporado como Anexo al V Convenio colectivo del sector<sup>407</sup>– en el que ambas partes dejan constancia de su sensibilidad ante *“la grave situación económica general, y del sector en particular, por razones de todos conocidas y que entienden no es necesario detallar en este documento, existiendo incertidumbre en cuanto a la magnitud y duración de la crisis, y, en consecuencia, sobre las perspectivas de la recuperación de la actividad en condiciones de normalidad”*<sup>408</sup>.

En el mismo sentido, el Convenio Colectivo del Sector de exhibición cinematográfica para la provincia de Barcelona<sup>409</sup>, suscrito en diciembre de 2019 y vigente hasta el 2021, bajo la rúbrica incremento salarial, establecía un incremento para 2019 del IPC estatal del 2018 más 0,5 puntos porcentuales (0,5%) siendo los efectos de la revisión para el primer año de vigencia el 1 de enero de 2019, y para los años 2020 y 2021, respectivamente, el IPC estatal de los años anteriores más un 0,2%. Dicho incremento se aplicará sobre todos los conceptos económicos y tablas salariales del año respectivo de vigencia, una vez regularizados por efecto de la cláusula de revisión, en su caso.

---

<sup>406</sup> Art. 26 del Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE de 13 de enero de 2020).

<sup>407</sup> «BOE» núm. 249, de 17 de octubre de 2022.

<sup>408</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº 3, 2022, pág. 13.

<sup>409</sup> Art. 9 del Convenio Colectivo del Sector de exhibición cinematográfica para la provincia de Barcelona, BOP. <https://bop.diba.cat/anuncis/antic/062020000087>

También, el Convenio Colectivo de la empresa DOMIBERIA S.L.U 2018 – 2023. Fábrica de Agoncillo<sup>410</sup>, que establece un incremento del salario base de nivel más complemento exCategoría, del 1% más revisión desde el 0,5% hasta el IPC real, desde el año 2018 y hasta el 2023.

En sentido similar<sup>411</sup>, *“la revisión salarial anual se aplicará de acuerdo a los rangos o tramos salariales siguientes, con independencia del grupo profesional al que pertenezca el trabajador/a: a) salarios brutos fijos anuales inferiores o iguales a 27.143,83 euros. Estos trabajadores/as tendrán una revisión salarial del 3 % sobre su salario real fijo bruto anual, o del IPC real del ejercicio anterior, si éste fuera superior; b) salarios brutos fijos anuales superiores a 27.143,83 euros e inferiores o iguales a 30.000 euros. Estos trabajadores/as tendrán una revisión salarial del 1,5 % sobre su salario real fijo bruto anual, o del IPC real del ejercicio anterior, si este fuera superior; c) salarios brutos fijos anuales superiores a 30.000 euros e inferiores o iguales a 35.000 euros. Estos trabajadores/as tendrán una revisión salarial del 1,25 % sobre su salario real fijo bruto anual, o del IPC real del ejercicio anterior, si este fuera superior; d) salarios brutos fijos anuales superiores a 35.000 euros e inferiores o iguales a 47.136,80 euros (la cantidad de 47.136,80 euros incluye variable real). Estos trabajadores/as tendrán una revisión salarial del 1,25 % sobre su salario real fijo bruto anual, siempre que se haya producido un incremento del EBITDA de la Compañía con respecto al año anterior; e) salarios anuales superiores a 47.136,80 euros (salario bruto fijo anual más variable real). Estos trabajadores/as tendrán una revisión salarial del 1 %, no consolidable, aplicada sobre el salario mínimo de su grupo profesional, siempre que el grado de cumplimiento del EBITDA para el año anterior superase en un 18% el objetivo de EBITDA previsto por la Empresa, o bien superase en un 25% el porcentaje promedio de evolución de EBITDA de los últimos cuatro años”*.

Si bien, cabe destacar, que para esta cláusula de revisión salarial se establece un tope en los siguientes términos: *“las revisiones salariales referenciadas al IPC real del ejercicio anterior quedarán limitadas anualmente si el citado IPC alcanzara o superara el 5%, aplicándose, en ese caso, un 5% como porcentaje máximo de revisión salarial”*.

Por el contrario, algún convenio<sup>412</sup> más reciente, establece porcentajes aplicables a los salarios previstos en las tablas salariales, por lo que el incremento

<sup>410</sup> Art. 19º del Convenio Colectivo de la empresa DOMIBERIA S.L.U 2018 – 2023. Fábrica de Agoncillo. <https://industria.ccoo.es/434a03881e6ece1b2f3a3b4d54c7f073000060.pdf>

<sup>411</sup> Arts. 7.2 y 7.3 e) del Convenio Colectivo de Orange Espagne, SAU, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-14981](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-14981)

<sup>412</sup> Art. 9 del Convenio Colectivo de los Trabajadores y Trabajadoras de las Empresas que prestan Servicios Educativos, Extraescolares y Socioculturales en Castilla y León, BOCYL. <https://boeyl.jcyl.es/boletines/2022/03/02/pdf/BOCYL-D-02032022-8.pdf>

del IPC no se aplicará a los salarios de los trabajadores, reduciéndose de este modo el poder adquisitivo de estos.

En cambio, en alguno de los convenios analizados<sup>413</sup>, se estipula que, “*para el caso de prórroga del Convenio Colectivo más allá de 30 de junio de 2021 no habrá incremento automático debiendo negociarse*”.

Al margen de esto, que es buena demostración de que existen suficientes elementos de flexibilidad salarial -que permite incluso que la propia norma convencional flexibilice sus propias rigideces-, lo cierto es que en general, de existir las mismas en esta materia, estas vendrán, más de lo que se pacte en los convenios, que de lo establecido por la norma estatal; en este sentido, en la negociación se aprecia sustancialmente que la fijación de salarios se hace generalizada por unidad de tiempo, tanto en los convenios sectoriales como en los de empresa, y ello tanto en relación con los salarios base como en los complementos salariales que se determinan normalmente en base a porcentajes sobre salario por unidad de tiempo. Es muy escaso el uso del salario por unidad de obra (que solo aparece en ciertos casos bajo la forma de destajos en algunos convenios de los sectores de campo y construcción). También es escaso el uso de complementos por objetivos o productividad. Todo lo más aparecen en algún caso alguno de ellos, por ejemplo, complementos por no absentismo o en algunos convenios, normalmente de sectores de la industria, se establecen reglas sobre sistemas de productividad medida muy genéricas (procedimiento de implantación, periodos de prueba), pero con escasas indicaciones sobre, por ejemplo, la curva de incentivos y desde luego sin generalizar su uso ni imponerlo como obligatorio.

Cabe concluir pues que en materia salarial la negociación colectiva no utiliza mucho las posibilidades legales para implantar un cierta flexibilidad en la determinación inicial y que siguen predominado los elementos fijos del salario, sin que tampoco sea muy frecuente en los convenios sectoriales - al menos con cláusulas expresas - la remisión al ámbito de empresas, pese a lo pactado en los Acuerdos estatales sobre Negociación Colectiva, si bien sí es esta la opción de algún gran convenio - por ejemplo el estatal de industrias químicas - que, cuando lo hacen, suelen fijar un salario mínimo garantizado para cualquier trabajador del sector<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> Art. 5 del Convenio Colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17589](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17589)

<sup>414</sup> Puede verse esta regulación, por ejemplo, en los Arts. 29 a 41 del Convenio colectivo general de la industria química 2021-2023, BOE 19/07/2021. estableciendo además la posibilidad de retribuciones por objetivos, no absentismo y productividad (incentivos) y garantizando un salario mínimo general y otros por grupos profesionales en los Arts. 31 y 32. Es posiblemente una regulación bastante completa y moderna que da una cierta flexibilidad, participada y con garantías.

Cabe también señalar que los convenios, en general, muestran abanicos salariales muy cerrados, con escasa diferenciación entre los diversos grupos profesionales, lo que es predicable de prácticamente todos los convenios, por lo que no daremos ejemplos, si bien lo señalamos porque lleva a pensar que en ciertos grupos profesionales, los más altos aunque no necesariamente solo en relación con el personal que queda fuera del convenio, la determinación de estos salarios se pacta o establece fuera de los marcos de negociación colectiva y posiblemente muchas veces en forma de complementos fijados unilateralmente por el empresario o mediante negociaciones individuales.

Establecido lo anterior, retomamos las otras cuestiones para ver ejemplos en la negociación colectiva.

En primer lugar, en materia de complementos, debemos señalar que son escasos los convenios que contienen regulación al respecto distinta del establecimiento porcentual sobre el salario por unidad de tiempo, de la cuantía de los complementos que establecen, más allá del reconocimiento en ciertos casos de cuantías consolidadas por ejemplo en concepto de complementos por antigüedad desaparecidos. No, obstante, cabe destacar algún ejemplo como el *Convenio Colectivo de Servicios Educativos, Extraescolares y Socioculturales para Castilla y León*, con vigencia desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 31 de agosto de 2025<sup>415</sup>, que prevé en su Capítulo III relativo a las retribuciones los siguientes complementos: plus de asistencia, plus de convenio, plus estatutario, plus de responsabilidad.

En cuanto al plus de disponibilidad del citado convenio, se regula una cuantía fija en los siguientes términos: “*con efectos del mes del inicio de curso escolar 2021/2022, es decir, desde septiembre de 2021, se establece un plus de disponibilidad para las categorías de coordinador/a y responsable de coordinación en la cuantía de 75 € mensuales por jornada completa abonables por mes efectivo de trabajo (descontando el periodo de vacaciones)*”.

Respecto a la regulación del salario por unidad de obra como herramienta para fijar los salarios, cabe destacar, la escasa utilización de esta en los convenios analizados, salvo en algunos sectores concretos, como, además de los señalados (campo y construcción) por ejemplo, el de las industrias cárnicas.

---

<sup>415</sup> Arts. 10 a 14 del Convenio Colectivo de los Trabajadores y Trabajadoras de las Empresas que prestan Servicios Educativos, Extraescolares y Socioculturales en Castilla y León, BOCYL. <https://bocyl.jcyl.es/boletines/2022/03/02/pdf/BOCYL-D-02032022-8.pdf>

En efecto, algún convenio<sup>416</sup> que regula la modalidad de trabajo a destajo como variante de valorar por unidad de obra los sistemas más científicos de valoración por punto, establece que, “*será retribuido en base a que un trabajador laborioso y con un esfuerzo normal en el desarrollo de su trabajo obtenga, por lo menos, un salario superior en un 25 por 100 al salario fijado para la categoría profesional a que pertenezca*”.

También, respecto del establecimiento de los trabajos a tarea, “*se tendrán en cuenta los rendimientos normales de cada profesión y especialidad. Cuando el trabajador concluya su tarea antes de la terminación de la jornada, se dará por terminada la misma, o bien a elección de la Empresa deberá completarse la jornada, en cuyo caso el tiempo invertido sobre el de su tarea le será abonado con los valores establecidos en el Convenio para las horas extraordinarias, y sin que dicho tiempo se compute como horas extraordinarias para los límites máximos que señalan las disposiciones legales o convencionales en esta materia*”, con la facultad de la empresa de suspender dichos sistemas de retribución “*cuando se den circunstancias de alteración del proceso productivo o incumplimiento de los métodos del trabajo establecidos*”.

Asimismo, se establece un sistema de productividad por puntos prima, basado en el sistema Bedaux, que dispone lo siguiente: “*cuando se proceda a la suspensión de los trabajos remunerados bajo el sistema de primas a la producción por causas que, previa determinación con el representante de las personas trabajadoras de la Sección o Departamento afectados, fueran imputables a la Empresa, esta vendrá obligada a satisfacer a las personas trabajadoras afectadas el salario de su categoría, incrementado en un 25 por 100, o la remuneración correspondiente a su rendimiento habitual (media 30 últimos días naturales) en el trabajo suspendido, si dicha remuneración fuera inferior al indicado 25%, siempre que éstos alcancen el rendimiento normal, quedando excluidas de este tratamiento las situaciones derivadas de la movilidad funcional del personal. No serán causas imputables a la Empresa, entre otras, la falta de trabajo, carencia materias primas, averías en maquinarias o instalaciones, y falta de energía*”.

Es interesante al respecto, como se dijo, la regulación específica del salario al destajo en algún sector, como el del campo, con convenios que regulan, por ejemplo, la posibilidad del salario por unidad de tiempo, para el que fijan unos rendimientos mínimos, y la posibilidad del salario a destajo fijando un valor por

---

<sup>416</sup> Arts. 11 y 12 del Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11622](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11622)

cantidad de producto, aunque otros se limitan a regular el trabajo a destajo<sup>417</sup>. En ocasiones se alude solamente a la existencia del destajo y de un mínimo garantizado de retribución<sup>418</sup>. En general como se dijo los salarios por unidad de obra, tarea, destajos y similares son muy minoritarios y solo se encuentran en sectores y convenios muy concretos.

---

<sup>417</sup> Es el caso del colectivo para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana 2018 al 2022, publicado en el DO Comunidad Valenciana, de 26/06/2019, arts. 8 y 9, señalando, entre otras cuestiones que: “En el caso de que se haya trabajado a destajo poniendo la normal diligencia en la recolección, el trabajador tendrá derecho a percibir el salario que corresponda conforme a lo realmente recolectado con un mínimo de 9 euros por hora trabajada. La recolección de la fruta se realizará correctamente, sin dañarla, de modo que no se perjudique su posterior comercialización”.

En el sector de Construcción por ejemplo es habitual encontrar regulaciones como la del convenio de construcción y obra pública de la provincia de Cuenca 2017 – 2021, BOP Cuenca de 15/10/2018, que, tras señalar que salvo que se especifique lo contrario, el salario se pacta por unidad de tiempo, regula otras posibilidades en el Art. 22, determinando lo siguiente: “Artículo 22.- Trabajo por tarea, a destajo o por unidad de obra, con primas a la producción o con incentivo. 1. Se caracterizan estos sistemas por poner en relación directa la retribución con la producción del trabajo, con independencia, en principio, del tiempo invertido en su realización y por tener como objetivo la consecución de un rendimiento superior al normal. 2. El trabajo a tarea consiste en la realización, por jornada, de una determinada cantidad de obra o trabajo. Si el trabajador termina la tarea antes de concluir la jornada diaria, la empresa podrá ofrecerle, y éste aceptar o no, entre continuar prestando sus servicios hasta la terminación de la jornada, o que abandone el trabajo, dando por concluida la misma. En el primer caso, la empresa deberá abonar el tiempo que medie entre la terminación de la tarea y la conclusión de la jornada diaria, como si se tratase de horas extraordinarias, pero sin que se computen éstas al efecto del límite fijado para las mismas en el artículo 35.2 del E.T. y sin que pueda exigirse durante dicho período un rendimiento superior al normal. 3. En los trabajos a destajo o por unidad de obra, y a efectos de su retribución, sólo se atiende a la cantidad y calidad de la obra o trabajo realizado, pagándose por piezas, medidas, trozos, conjuntos o unidades determinadas, independientemente del tiempo invertido en su realización, si bien puede estipularse un plazo para su terminación, en cuyo caso, deberá terminarse dentro de él, pero sin que pueda exigirse, en este caso, un rendimiento superior al normal. 4. En los trabajos que se presten a su aplicación, podrán establecerse primas a la productividad o incentivos, de tal forma que a los mayores rendimientos que se alcancen en el trabajo correspondan unos ingresos que guarden, respecto a los normales, al menos, la misma proporción que la de dichos rendimientos en relación con los normales. 5. Si en cualquiera de los sistemas previstos en este artículo el trabajador no alcanzase el rendimiento previsto por causa no imputable a la empresa ni al trabajador, éste tendrá derecho, al menos, al salario fijado para su categoría profesional en el convenio colectivo aplicable más un 25 por 100. 6. Previamente a su implantación o revisión colectivas de estos sistemas, en cuanto suponen casos subsumibles en los supuestos de hecho del artículo 64.1.4.d) o e) del E.T., deberá solicitarse, en su caso, a los representantes legales de los trabajadores el informe a que dicho precepto se refiere, y que deberán éstos emitir en el plazo improrrogable de quince días estando sujetas dichas implantación o revisión a lo dispuesto en el artículo 41 del E.T.”.

<sup>418</sup> Como hace el convenio del Sector AGROPECUARIO de Málaga de 2022, BOP Málaga, 17/12/2020, Art. 19 que dispone: “*Siempre que se contraten trabajos por tarea a destajo, se garantizará al trabajador la percepción del salario base más un 25 % como mínimo*”.

Con relación al complemento por antigüedad cabe destacar la regulación de algún convenio<sup>419</sup> que establece lo siguiente, “*como quiera que desde el 31 de diciembre de 1999 ningún trabajador devenga nuevos bienios ni quinquenios por razón de antigüedad, al haber concluido el período transitorio, la antigüedad consolidada al 31 de diciembre de 2020 se incrementará desde el 1 de enero de 2021 en un 3 %. Por otro lado, la antigüedad consolidada al 31 de diciembre de 2021 se incrementará desde el 1 de enero de 2022 en un 2,75 %*”.

En similar sentido<sup>420</sup>, “*la antigüedad, comenzará a percibirse a partir del primer día del trimestre natural en que se cumplan tres años de servicio en la empresa, a razón del 3% sobre el Salario Base de Nivel + Complemento exCategoría de cada nivel. Al citado 3%, se añadirá un 1%, por cada año más de antigüedad, hasta el límite del 30%*”.

Por otra parte, el mecanismo de la compensación y absorción de salarios, si bien no sirve a los efectos de desactivar la aplicación de los incrementos salariales o de las cláusulas de salvaguardia de salarios previstas en los Convenios colectivos, sí puede resultar un instrumento que amortigüe sus efectos, en la medida en que, salvo que el propio convenio colectivo lo impida, la empresa puede recurrir a este instrumento para compensar los incrementos salariales que deriven del convenio con los mayores salarios que esté abonando a sus trabajadores. Se trata, en todo caso, de una eficacia limitada, pues en ningún caso la compensación y absorción puede aplicarse sobre conceptos y cuantías salariales que deriven del propio convenio, de modo que solo podrá operar sobre conceptos o cuantías retributivas que las personas trabajadoras perciban por encima de lo previsto en el convenio colectivo<sup>421</sup>.

En este sentido, algunos<sup>422</sup> de los convenios colectivos analizados establecen límites a la facultad de compensación, fijando unos mínimos para que opere dicha compensación, en los términos siguientes: “*todas las condiciones económicas superiores a las mínimas legales o reglamentarias de carácter individual o colectivo, cualquiera que fuere su origen, que estén vigentes en las empresas en la fecha de iniciarse la aplicación del presente Convenio, podrán ser*

---

<sup>419</sup> ANEXO 8 del Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11622](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11622)

<sup>420</sup> Art. 12º del Convenio Colectivo de la empresa DOMIBERIA S.L.U 2018 – 2023. Fábrica de Agoncillo. <https://industria.ccoo.es/434a03881e6ece1b2f3a3b4d54c7f073000060.pdf>

<sup>421</sup> STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de junio de 2016 (Rec 1140/2016).

<sup>422</sup> Art. 8 del Convenio Colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-10077](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-10077)

*compensadas con las mejoras que en el mismo se establecen, salvo para los salarios inferiores a 21.000 euros de las Tablas del anexo III correspondientes a los años 2021 y 2022. Y para los salarios inferiores a 22.000 euros de las Tablas del anexo III de los años 2023 y 2024*". En cuanto a la Facultad de absorción, se establece que, *"las mejoras que se implanten en virtud del presente Convenio serán absorbibles hasta donde alcancen, con los aumentos o mejoras que se puedan establecer mediante disposiciones legales o reglamentarias"*.

En cambio, en otros<sup>423</sup>, *"las condiciones pactadas compensan en su totalidad a las que anteriormente rigieran por imperativo legal, jurisprudencial, contencioso administrativo, pacto de cualquier clase, contrato individual, usos y costumbres locales o por cualquier otra causa. Habida cuenta de la naturaleza del Convenio, las disposiciones legales futuras que impliquen variación económica en todos o en algunos de los conceptos retributivos existentes o creación de otros nuevos, únicamente tendrán eficacia práctica si, globalmente y sumados a los vigentes con anterioridad al Convenio, superan el nivel de éste. En caso contrario se considerarán absorbidos por las mejoras pactadas en este Convenio. Se respetarán las situaciones personales que globalmente excedan del pacto en su contenido, manteniéndose estrictamente ad personam"*.

En el mismo sentido<sup>424</sup>, *"las condiciones pactadas forman un todo orgánico e indivisible, siendo compensables y absorbibles en su totalidad con las que anteriormente rigiesen por mejora establecida por la Empresa o por norma legal existente. Se respetarán, a título individual o colectivo, las condiciones económicas y de otra índole que fueran más beneficiosas a las establecidas en el presente Convenio Colectivo, consideradas en su conjunto y en cómputo anual"*.

En un sentido similar<sup>425</sup>, *"se respetarán las condiciones más beneficiosas que los trabajadores/as tengan reconocidas, operando la compensación*

---

<sup>423</sup> Sección 3ª. Arts. 9, 10 y 11 del Convenio Colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, BOE. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-19458](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-19458)

<sup>424</sup> Arts. 2.1 y 2.2 del Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón, BOE. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/07/29/pdfs/BOE-A-2021-12793.pdf>

<sup>425</sup> Art. 8 del Convenio Colectivo de los Trabajadores y Trabajadoras de las Empresas que prestan Servicios Educativos, Extraescolares y Socioculturales en Castilla y León, BOCYL. <https://bocyl.jcyl.es/boletines/2022/03/02/pdf/BOCYL-D-02032022-8.pdf>

y absorción”. También<sup>426</sup>, “cuando las mejoras económicas o laborales que se produzcan por disposiciones legales de general aplicación durante la vigencia del Convenio sólo afectarán al mismo cuando consideradas en su conjunto y en cómputo anual superen las aquí pactadas, siendo por ello absorbibles y compensables en cómputo anual por las condiciones aquí establecidas”.

En sentido contrario<sup>427</sup>, “las condiciones pactadas en este Convenio no serán compensables ni absorbibles en ningún caso por las mejoras existentes en el ámbito de la empresa, ya sean dichas mejoras el resultado de asignaciones individuales de la empresa o el resultado de acuerdos colectivos o disposiciones legales”.

También<sup>428</sup>, “las condiciones que se establecen en el presente Convenio se considerarán mínimas, por lo cual cualquier mejora que se establezca, ya sea por decisión voluntaria de la empresa, contrato individual de trabajo, convenio colectivo de ámbito inferior o legislación estatal, prevalecerá sobre las aquí pactadas y serán consideradas derechos adquiridos”.

Y en otros<sup>429</sup>, se respetarán las condiciones superiores pactadas que se tengan establecidas, “al entrar en vigor el presente convenio, así como también los derechos adquiridos, tanto los colectivos como los individuales y condiciones más beneficiosas”.

Puede verse, pues, que en este último aspecto la falta de uniformidad en el tratamiento convencional es clara, sin que ello quiera decir que sea necesariamente criticable, cuando la disparidad de tratamiento responda a realidades diversas en el sector o empresa concreta.

---

<sup>426</sup> Art. 39 del Convenio Colectivo de la empresa Autobuses Urbanos de Bilbao, S.A. [http://bilbao.net/cs/Satellite?LicitAyu=si&c=BIO\\_Licitacion\\_FA&cid=1279185971784&estadoLicitacion=Licitacion&language=es&pageid=3000012799&pagename=Bilbaonet%2FBIO\\_Licitacion\\_FA%2FBIO\\_Licitacion](http://bilbao.net/cs/Satellite?LicitAyu=si&c=BIO_Licitacion_FA&cid=1279185971784&estadoLicitacion=Licitacion&language=es&pageid=3000012799&pagename=Bilbaonet%2FBIO_Licitacion_FA%2FBIO_Licitacion)

<sup>427</sup> Artículo 5 del VI Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, BOE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-2803>

<sup>428</sup> Art. 7 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de panaderías de la provincia de Badajoz, DOE. <http://aboga.es/2020/12/21/convenio-colectivo-de-panaderias-de-la-provincia-de-badajoz/>

<sup>429</sup> Art. 4º del Convenio Colectivo de la empresa DOMIBERIA S.L.U 2018 – 2023. Fábrica de Agoncillo. <https://industria.ccoo.es/434a03881e6ece1b2f3a3b4d54c7f073000060.pdf>

## C.8. TIEMPO DE TRABAJO Y ADAPTACIÓN DE LA JORNADA\*

### C.8.1. Introducción

Como se ha afirmado, “La propia regulación (legal y convencional) ha introducido todo un conjunto de elementos dirigidos a flexibilizar la regulación del tiempo de trabajo. Se trata, por tanto, de un proceso de intervención por parte del legislador o de los sujetos colectivos, que de manera consciente pretenden facilitar al empresario una mayor capacidad para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas...”<sup>430</sup>

En este sentido, debemos hacer una primera aproximación al concepto de tiempo de trabajo, ya que, sin precisar cuál es su alcance, resulta inviable precisar cuáles son los contenidos que en la negociación colectiva giran en torno a aquél. Es decir, no es posible realizar una búsqueda si carecemos con carácter previo de las palabras clave que nos sirven de referente. De este modo, dentro del “todo” tiempo de trabajo se encierran elementos como jornada, horario, tiempo a disposición, descansos o desconexión. De manera que, a través de aquellos, se delimita el período en el que la persona trabajadora se obliga a estar a disposición del empleador respecto de aquella otra en la que no existe tal obligación<sup>431</sup>. Estamos, por tanto, en un período que debe ser abordado desde su doble perspectiva positiva y negativa. Esto es, que se identifica exactamente como tiempo de prestación efectiva o, incluso la disponibilidad para ello, frente a los p en situación de disponibilidad para la empresa<sup>432</sup>. Tanto uno como otro pueden ofrecer un importante margen de flexibilidad en su regulación para responder a distintos intereses. Sea, de una parte, el empresarial, para adaptarse a las necesidades de producción u organizativas, sea, de otra parte, para el empleador,

---

\* Apartado elaborado por los investigadores de la Universidad de Málaga: Francisco VILA TIERNO; José Luis RUIZ SANTAMARÍA; Miguel Ángel GÓMEZ SALADO; Gloria MONTES ADALID y Raquel CASTRO MEDINA. En su elaboración han participado también, en el marco de su Beca de colaboración en la Universidad de Málaga, Aida CABELLO ROLDÁN y José Iván PÉREZ LÓPEZ.

<sup>430</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La flexibilidad sobre el tiempo de trabajo” en MONEREO PÉREZ, J.L. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista: estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, pág. 241.

<sup>431</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, Número 6/2021.

<sup>432</sup> VILA TIERNO, F.: “Tiempo de trabajo y desconexión” en VV.AA. *Derecho social de la Unión Europea: avanzando en transiciones justas*, UE-Universidad de León, 2023.

permitiendo, en su caso, una posible adecuación a otras necesidades vinculadas a su vida profesional, personal o familiar.

En cualquier caso, dentro del concepto más estricto de flexibilidad empresarial, en el que se mueven los instrumentos de flexibilidad interna, es, donde se engarza con mayor frecuencia e insistencia la actuación respecto a la regulación del tiempo de trabajo, especialmente, en lo relativo a la jornada laboral o al tiempo durante el cual la persona trabajadora se encuentra a disposición del empleador. Expresamente el art. 34.5 ET dispone que “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. En tal sentido, es preciso fijar una jornada ordinaria de trabajo, como aquella que se corresponde con el tiempo que cada día, semana o año dedica el trabajador a la ejecución de su prestación de trabajo. Una jornada cuyos parámetros básicos se fijan en la propia ley en un régimen de suplementariedad, de modo que, respetando unos límites -esencialmente el de un máximo de 40 horas semanales de promedio anual y el respeto a los descansos mínimos- las partes pueden -y deben- convencionalmente- fijar la jornada de trabajo, sea de manera regular (con una determinación constante del número de horas) o irregular (con incrementos o reducciones, pero respetando el promedio).

Ello supone que estamos en una materia en la función ordenadora de los agentes sociales a través de la negociación colectiva es esencial, puesto que supone la concreción definitiva de ese tiempo que el trabajador está a disposición de la empresa<sup>433</sup>. Concepto que, a su vez, incluye el tiempo de trabajo efectivo, pero que también puede aludir al tiempo de mera presencia o disposición. Esto es, el tiempo que la persona trabajadora está a disposición de la empresa no siempre es un período en el que está desarrollando una actividad, de modo que el período sin prestación no se considera, de manera estricta, tiempo de trabajo, pero que requiere una calificación y ordenación y está sometido, como no puede ser de otro modo, a las necesidades de adaptabilidad que requieren medidas de flexibilidad interna.

---

<sup>433</sup> Al fin y al cabo, debemos tener presente que la relación laboral es una relación sinalagmática, en la que existe, en sentido genérico, un intercambio de servicios por salario, pero tanto la remuneración como el tiempo de trabajo son conceptos cuantitativos que requieren una determinación. De hecho, en la propia aplicación de la teoría general de los contratos, cuando aludimos al objeto, como elemento esencial, viene a reflejar en el art. 1273 que “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”. De tal forma que cuando se perfecciona el contrato debe estar perfectamente su contenido, sin que sea preciso alcanzar un nuevo acuerdo, ya que, en esas circunstancias no estaríamos ante un contrato, sino ante tratos preliminares (VILA TIerno, F. *op. cit.*)

Siendo así, el tiempo de trabajo y la adaptación de la jornada cobran un protagonismo muy significativo como medidas de flexibilidad interna en la empresa<sup>434</sup> y, por lo tanto, el estudio de su tratamiento en la negociación colectiva adquiere un especial interés. Ahora bien, como fase previa al examen de los diferentes CC, conviene indagar sobre como el legislador aborda -esencialmente en las últimas reformas- las medidas flexibilizadoras, no siempre respondiendo a intereses empresariales, si bien, seguimos identificando, de manera errónea, en esta materia, flexibilidad con adaptación a las necesidades empresariales, cuando ello es reducir el campo de actuación de este instrumento para atender a finalidades diversas. Este planteamiento nos ayudará a identificar aquellos aspectos jurídicos esenciales que marcan los retos futuros en esta materia.

### **C.8.2. Una breve aproximación a la regulación del tiempo de trabajo como expresión de adaptabilidad**

Si nos centramos en uno de los aspectos de las medidas flexibilizadoras, podemos ver cómo, de una parte, la reforma introducida a través del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación da una nueva redacción al art. 34.8 ET de la que se infiere una interpretación integradora. En dicho precepto se reconoce el derecho de las personas trabajadoras “a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. Es decir, se establece como un derecho de ejercicio autónomo, aunque sometido a la negociación colectiva o individual entre empresa y persona trabajadora. Al amparo de este derecho, las personas trabajadoras pueden solicitar adaptar su jornada laboral (sin reducción de la jornada ni reducción proporcional del salario) por medio de múltiples manifestaciones, incluyendo el horario flexible y el teletrabajo.

También, y por medio del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, la adaptación de la jornada se vio modificada de nuevo mediante la articulación del Plan MECUIDA (art. 6), para permitir atender a las necesidades de conciliación.

---

<sup>434</sup> VILA TIerno, F. y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva en la flexibilidad interna en la empresa”, en MONEREO PÉREZ, J.L. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Comares, 2022, págs. 471 y sigs.

Esto es, en este marco, lo que se observa es una adaptación a las necesidades de la persona trabajadora, es decir, plantear una flexibilización en el uso del tiempo de trabajo, de manera que éste se pueda plegar a otros aspectos de la vida del prestador de servicios. Dicho de otro modo, las opciones flexibilizadoras pueden estar dirigidas a beneficiar o responder a necesidades del trabajador, sean éstas de carácter familiar, de naturaleza preventiva (riesgos laborales), formativas, por su condición de víctima de violencia de género o del terrorismo. Esta finalidad, no obstante, no siempre resulta una realidad, por cuanto que el ámbito real y práctico de las relaciones laborales no resulta algo pacífico, de modo que, o puede que no se disfrute, o puede dar lugar a conflictos judiciales frecuentes (vid. v.gr. art. 139 LRJS)<sup>435</sup>.

Pero estos aspectos no nos deben hacer olvidar que los elementos de flexibilidad interna en favor de las necesidades empresariales son abundantes y de actuación directa en la regulación legal. A saber: los límites máximos de jornada, la distribución irregular de jornada, el uso de las horas extraordinarias o el de la contratación a tiempo parcial y las horas complementarias. En este orden resulta especialmente relevante no solo la posibilidad de rebasar las 9 horas diarias de trabajo o la opción de reducir el montante total de horas de prestación, sino, particularmente, la facultad de utilizar el tope máximo anual como promedio o la utilización del 10% de jornada como distribución irregular de jornada en manos de la empresa.

No siendo estrictamente una cuestión de flexibilidad, es significativo el tratamiento que el legislador da a la obligación del registro horario y como la negociación colectiva tiene, en este contexto, un grado muy importante de flexibilidad a partir de los mínimos del art. 34.9 ET. De ello se ha hecho eco la jurisprudencia cuando ha tenido que valorar la validez de los acuerdos adoptados convencionalmente garantizando un sistema objetivo y fiable de registro de jornada, tal y como se exige por la doctrina judicial comunitaria (Vid. v.gr. STJUE 14 de mayo 2019, C-55/18, Deutsche Bank). En tal sentido, se reconoce, insistimos, ese margen amplio de actuación por los negociadores siempre que

---

<sup>435</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO, M. y VILA TIERNO, F.: “La impugnación ante la jurisdicción social de las medidas de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista: estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022, págs. 521 y sigs.

nos desvirtúe las garantías de objetividad y fiabilidad del registro a la que antes nos hemos referido (vid. por todas: STS 41/2023, de 18 de enero)<sup>436</sup>.

Existe, en este sentido, un amplio margen de actuación para la negociación colectiva a partir de aquellos parámetros de referencia. Y precisamente, el objeto del siguiente epígrafe es analizar cómo se ha plasmado esta posibilidad en los textos convencionales.

### **C.8.3. Análisis de la negociación colectiva en materia de flexibilidad y tiempo de trabajo**

Para la realización de este análisis se ha dividido el marco de investigación en dos períodos concretos, el primero de ellos, hasta 2020, un año previo a la nueva reforma laboral y, un segundo período desde el momento que ya viene predeterminado por el cambio normativo, fundamentalmente desde diciembre de 2021, si bien, el tiempo de trabajo no ha sido una cuestión abordada expresamente por ésta. La razón de proceder a esta división es con el objetivo de marcar un límite temporal en el que se supone que los convenios colectivos ya han tenido margen suficiente para incorporar las modificaciones legislativas que se producen, esencialmente, en el año 2019. Obviamente, la ordenación legal no tiene un reflejo inmediato en los textos convencionales, sino que las figuras reguladas en aquella deben traerse a los procesos negociales e incorporarse a los nuevos acuerdos fruto de la negociación colectiva.

En el primer bloque, esto es, en el elenco convencional acotado hasta el 2020, hemos podido apreciar que un elevado porcentaje de los convenios analizados abordan el tiempo de trabajo, bien respecto a la adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras, bien respondiendo a las necesidades empresariales.

---

<sup>436</sup> Un comentario sobre la misma en BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Es válido un registro de jornada basado en la declaración unilateral del propio trabajador (STS 18/1/23)”, Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, <https://ignasibeltran.com/2023/01/27/es-valido-un-registro-de-jornada-basado-en-la-declaracion-unilateral-del-propio-trabajador-sts-18-1-23/> o el mismo autor en el recorrido que realiza sobre esta cuestión en la jurisprudencia: “Incumplimiento del registro de jornada y carga de la prueba del tiempo de trabajo” en <https://ignasibeltran.com/2022/12/19/incumplimiento-del-registro-de-jornada-y-carga-de-la-prueba-del-tiempo-de-trabajo/> Vid. igualmente para sentencias sobre la misma materia: PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: “Registro de jornada y negociación colectiva”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, Número 5/2022.

En primer lugar, podemos destacar como un número reducido de convenios vienen a delimitar, de un modo más específico que entienden por flexibilidad. Resulta interesante, al efecto, por ejemplo, el convenio colectivo de trabajo de la empresa TMD Friction España S. L. U. el cual dispone en su art. 8 dos modalidades de flexibilidad horaria: flexibilidad positiva y flexibilidad negativa. La primera consiste en la realización adicional de jornadas de trabajo (semanal/mensual) que posteriormente se disfrutarán en descanso y, la segunda, corresponde a las horas de no prestación de trabajo.

De un modo más completo, el convenio colectivo de trabajo de la empresa Snop Estampación, SA (centros de trabajo de La Pobla de Claramunt, Santa Margarida i Els Monjos y Nissan On-Site en la zona Franca de Barcelona, desarrolla, en sus arts. 56-57 una definición de diferentes subtipos de flexibilidad, según sea desde la perspectiva del trabajador o de la empresa. Desde el punto de vista del trabajador: la flexibilidad horaria de sus trabajadores con jornada partida. Dicha flexibilidad la subdivide en cuatro tipos: flexibilidad en la hora de entrada; flexibilidad de descanso; flexibilidad hora de salida. Desde el punto de vista empresarial y dirección: la flexibilidad se divide en dos grandes bloques: flexibilidad estructural y coyuntural. La primera, supone la facultad de la empresa de modificar el horario de trabajo con la finalidad de adecuar la carga de trabajo con la capacidad productiva en cada momento. La segunda, supone la misma facultad, pero en casos excepcionales, imprevistos, sobrevenidos o por necesidades del cliente.

A nivel sectorial puede citarse, por ejemplo, el convenio colectivo del sector de la panadería de Navarra, que distingue entre dos tipos de flexibilidad (ordinaria y extraordinaria)<sup>437</sup>.

En cualquier caso, es más frecuente encontrar cláusulas convencionales que establecen un horario flexible con carácter general. En esta línea, el convenio colectivo de la agencia de servicios sociales y dependencia de Andalucía, en su art. 30. 1 dispone que “El horario ordinario de trabajo en la Agencia será de carácter flexible”, con alguna matización en el convenio colectivo de la empresa Celulosa de Asturias S.A que si bien reconoce como principio político la flexibilidad horaria, entiende que esta se encuentra supeditada a las necesidades productivas de la empresa, o el convenio colectivo asociación Prodiversa-pro-

---

<sup>437</sup> Art. 15.1. “Flexibilidad ordinaria. En el momento de confeccionar el calendario laboral anual de cada empresa o centro de trabajo, las empresas tendrán la posibilidad de trasladar, de forma acordada o unilateralmente, hasta un máximo de tres festivos”. 2. “Flexibilidad extraordinaria. Se acuerda la posibilidad que tiene la empresa de trabajar hasta un máximo de seis días (en sábado) a título individual, por encima de la jornada anual establecida en el calendario laboral, una vez publicado el mismo, pudiendo ser los tres primeros en turnos de mañana, tarde o noche y los tres últimos, esto es, del 4.º al 6.º, en turnos de mañana o tarde”.

greso y Diversidad, que en su art. 38, lo vincula a una serie de condicionantes vinculados a las necesidades empresariales o personales: “Este convenio colectivo acuerda la flexibilidad horaria como la ordenación flexible del tiempo de trabajo y su concreción en la entidad para la mejor adaptación a las necesidades de la entidad, de los usuarios de sus servicios y de las personas trabajadoras que prestan sus servicios”<sup>438</sup>.

Otros convenios, sin embargo, han acotado más el régimen flexible, limitando su margen, como el convenio colectivo del grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU Ned España Distribución Gas, SAU Ned GIp Sumunistro, SAU, Y Nortegás Energía SLU) -su art. 41. reconoce la flexibilidad horaria de sus trabajadores únicamente del horario de entrada de mañana hasta 45 minutos-; o introduciendo una cláusula de flexibilidad obligatoria, pero para aquellos trabajadores que la hayan acordado previamente y para determinados puestos de trabajo, como el convenio colectivo de la empresa Talleres de Escoriarza, S.A.U<sup>439</sup>. Similar al anterior, puede citarse el convenio colectivo de la empresa

---

<sup>438</sup> En el mismo sentido, al margen del muestro, puede citarse el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (BOE 22 de julio de 2019):

“Artículo 16. Reducción de jornada y medidas de conciliación.

a. Se establece un mecanismo de flexibilidad de entrada/salida que permita tener una homogeneización de la jornada de lunes a viernes con media hora para comer para el personal que este en una situación asimilable a la guarda legal por menor de doce años o cuidado de familiar [...]

b. Se establece una flexibilidad horaria de entrada de 7 a 9,30 horas, para las diferentes jornadas establecidas en las oficinas corporativas [...] se precisará para su aplicación del visto bueno del responsable, el cual deberá siempre orientar su organización del Departamento favoreciendo la flexibilidad horaria.

La empresa facilitará soluciones alternativas de flexibilidad individualizada, al personal de servicios y proyectos, en el caso de que estos no puedan acogerse a las medidas de flexibilidad acordadas.

c. Para el cálculo de la variable/objetivos, para los trabajadores que tengan reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar, como máxima de hasta un 15 %, se les realizará el cálculo sin reducción sobre el salario fijo completo al 100 %.

d. Se definirá un mecanismo de aplicación no lineal de reducción de jornada que, siendo plenamente compatible con las necesidades de la operación del Departamento y garantizando presencia diaria de la persona con reducción de jornada, permita una distribución no regular de la misma”.

De un modo mucho más genérico: Convenio Colectivo de la empresa Troger, S.A. (BOB 22 de julio de 2021).

<sup>439</sup> Art. 18. “La flexibilidad obligatoria de horario de hasta más/menos una hora al comienzo o final de la jornada, se aplicará con carácter exclusivo para aquellas personas que ocupen puestos de trabajo de en Oficinas, Planificación, Calidad y Medio Ambiente e Ingeniería de Procesos, así como aquellos puestos en los que exista acuerdo entre Empresa y Trabajador”

Autobuses de Bilbao S.A.<sup>440</sup> pero con la diferencia de que, excepcionalmente y por causas organizativas, se permite a las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, acordar una nueva redacción del precepto relacionado con la jornada y su distribución.

Sobre colectivos concretos se encuentran, igualmente, una serie de cláusulas convencionales muy específicas, como lo previsto el XXI convenio colectivo del personal de tierra de Iberia Líneas Aéreas de España S.A. en su art. 25. c), respecto a los fijos discontinuos a tiempo completo se reconoce la creación de una comisión mixta a fin de recibir información sobre diversas materias, entre ellas, la flexibilidad horaria de este colectivo. En otro orden, el convenio colectivo de trabajo para el comercio en general de la provincia de Jaén, excluye de las medidas de flexibilidad a personas trabajadoras en función a sus caracteres o al de su prestación<sup>441</sup>. O, por su parte, la adaptabilidad que el convenio colectivo provincial de trabajo de comercio textil de la Junta de Andalucía otorga al trabajador estudiante en su art. 14: “El trabajador que tenga acreditada su asistencia a cursos oficiales autorizados por la Administración Educativa, tendrá derecho a salir del centro de trabajo media hora antes del cierre del comercio”.

Es bastante frecuente, de igual modo, que el horario flexible queda reducido a las trabajadoras víctimas de violencia de género, bien sea de un modo simple: convenio colectivo de trabajo de la empresa Laboratorios Ordesa, SL<sup>442</sup> o con más posibilidades en materia de reducción de la jornada de trabajo, la reordenación del tiempo de trabajo, la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en esta administración, así como la suspensión del contrato de trabajo de forma temporal si fuese necesario, como el convenio colectivo de empresa para el personal laboral del Ayuntamiento de

---

<sup>440</sup> Arts. 4 y 40. “La jornada ordinaria diaria a tiempo completo del personal de tráfico podrá variar según los cuadros de servicio, entre 7 y 9 horas de trabajo efectivo. Las medidas que sobre flexibilidad de la jornada (...) constituyen el pacto exigido por el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores que sustituye y en consecuencia deja sin efecto la aplicación del porcentaje que de forma supletoria se establece en dicho precepto legal”.

<sup>441</sup> Art. 18. “No podrá ser de aplicación a aquellos trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, guarda legal, embarazo o períodos de lactancia... el periodo de descanso compensatorio correspondiente se disfrutará siempre que no coincida con periodos punta de producción y que los mismos se fijen por acuerdo con los representantes de los trabajadores o con los propios afectados”.

<sup>442</sup> Art. 39. “Protección a los/as trabajadores/as víctimas de la violencia de género. Suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y jornadas flexibles durante el periodo de tiempo suficiente para que la víctima normalice su situación”.

Cangas Del Narcea<sup>443</sup> o, en términos muy similares el convenio colectivo de fabricación de pasta, papel y cartón de Gipuzkoa (art. 12.1bis) y el convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba (art. 37 apartado C), entre otros. Respecto a la reducción de jornada, también se ha podido contemplar por diversos motivos: por guarda legal y violencia de género, o motivos de conciliación en general, v.gr.: convenio colectivo de la empresa ELKARKIDE, S.L., DE Noáin<sup>444</sup>; convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, S.A.<sup>445</sup>; convenio colectivo empresa Procter & Gable Mataró, S.L.U. (planta de Mequinzena)<sup>446</sup>.

En sentido general, como medida de conciliación, el convenio colectivo de fabricación de pasta, papel y cartón de Gipuzkoa, en su art. 12.2bis reconoce que “Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. De entre estas medidas se centra en el teletrabajo el convenio colectivo del sector del comercio del metal<sup>447</sup>.

Al margen de los convenios que introducen medidas relativas a conciliación o adaptación a las necesidades de la persona trabajadora, se encuentran diversos ejemplos de adaptación a los requerimientos de las empresas.

Ya hemos señalado, anteriormente, que algunos convenios reconocen la flexibilidad horaria limitando su alcance mediante el establecimiento de un número máximo de horas, pero junto a los citados que se circunscriben a esta actuación, otros, partiendo del mismo planteamiento, lo que vienen a establecer son diferentes porcentajes de la jornada (normalmente por debajo del tope legal)

---

<sup>443</sup> Art. 5.5 “Víctimas de violencia de Género. El Ayuntamiento de Cangas del Narcea garantizará que las trabajadoras que sean víctimas de violencia de género puedan hacer efectivos sus derechos laborales para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tales como la reducción de la jornada de trabajo, la reordenación del tiempo de trabajo, la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en esta administración, así como la suspensión del contrato de trabajo de forma temporal si fuese necesario”.

<sup>444</sup> Art. 21. “Reducción de jornada por guarda legal”. Art. 21.2. “Reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo en los casos de violencia de género”.

<sup>445</sup> Art. 46. “Reducción de jornada por cuidado de familiar”.

<sup>446</sup> Art. 15.3) “La reducción de jornada en caso de hijos con enfermedad grave se regirá según establece el Real Decreto 1148/2011, de 29 de junio (con el mismo modelo de concreción horaria)”.

<sup>447</sup> Art. 25. “Se establece la posibilidad organizativa de pactar tiempos de teletrabajo durante la semana en los puestos y centros de trabajo que lo posibiliten. Las condiciones del teletrabajo se negociarán con cada trabajador afectado”.

que pueden ser distribuidos de forma irregular y que solo en alguna ocasión puntual reproduce el tenor legal<sup>448</sup>. Así, en primer término, el convenio colectivo de empresa Marfrio, S.A, en su art. 29 acota las horas que se distribuyen de un modo bastante genérico, pero introduciendo una referencia a una bolsa de horas: “Como medio de flexibilidad (...) la dirección de ésta podrá disponer como jornada u horario flexible hasta 100 horas de la misma por cada año de vigencia del convenio. Tales horas flexibles se aplicarán en los días laborables que resulten de aplicación para cada trabajador según el calendario que rija en la empresa”. En la misma línea, reconocen una bolsa de horas, el convenio colectivo de Equipos Nucleares, S.A S. M. E.<sup>449</sup> o a nivel sectorial el convenio colectivo para el sector del comercio textil de Álava<sup>450</sup>, el convenio colectivo del sector de la hostelería de la provincia de Málaga<sup>451</sup>, el convenio colectivo del sector del comercio del metal de Navarra<sup>452</sup>; el convenio colectivo del sector de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo<sup>453</sup>.

En este mismo orden podemos destacar, por ejemplo, la prohibición del uso de la distribución irregular de jornada prevista en el art. 9 del Convenio Colectivo de la empresa Troger, Irueta S.A. (BOB 22 de julio de 2012) -posteriormente sustituido por otro publicado en BOB 22 de julio de 2021, aunque en los mismos términos-, si bien, ello contrasta con la regulación de la disponibilidad horaria, en un montante de 80 horas, “por necesidades de producción, o por causas de fuerza mayor” (entre 1 de enero y 31 de octubre), con una ordenación compleja y extensa concretando en que puede consistir dicha disponibilidad.

---

<sup>448</sup> Convenio colectivo da empresa Gestamp Vigo, S.A art. 31. “la parte empresarial y la parte social podrán pactar y aplicar hasta un 6% de distribución irregular de la jornada anual de trabajo”. Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, art. 50. “La empresa podrá disponer de hasta un 10% de horas anuales a distribuir de forma irregular y que tendrán los efectos de horas ordinarias de trabajo. En el caso de los centros educativos será de un 5% del total anual de la jornada”. El convenio colectivo del sector de almacenistas de alimentación al por mayor de la provincia de Castellón, art. 24. “La empresa podrá disponer hasta un máximo del 7 por ciento del calendario laboral anual”.

<sup>449</sup> Art. 24.1. y 24.1.1.3. “se crea al efecto una bolsa horaria por trabajador/a de 200 horas de su jornada anual pudiéndose aplicar en los días festivos, modificación horaria y horas flexibles”. Se definen como horas flexibles “las horas realizadas por necesidades del servicio de la bolsa horaria de 200 horas que la empresa dispone por trabajador/a y año.

<sup>450</sup> Art. 8. “Dentro de la jornada ordinaria de trabajo la dirección de la empresa podrá disponer de hasta un máximo de 15 horas anuales por persona trabajadora, que deberá ser realizada cuando lo solicite la dirección de la empresa para atender emergencias o periodos punta de venta”.

<sup>451</sup> Art. 18.8. “En un máximo de 64 horas anuales”.

<sup>452</sup> Art. 6. “Una bolsa del 5% de la jornada anual distribuida en dos partes iguales del 2,5% de cada una de ellas”.

<sup>453</sup> Art. 9. “Con el fin de preservar el empleo, las empresas dispondrán libremente de 85 horas al año de trabajo efectivo por trabajador-año, dentro de la jornada anual pactada, de libre disposición y distribución irregular a criterio de la dirección de la empresa”.

En sentido contrario al anterior, aceptando la distribución irregular de jornada, el Conveni col·lectiu de treball de l'empresa Laboratorios Ordesa, SL, per als anys 2018-2020, dispone en su art. 30 -el de años 2021/22, en el art. 32- un sistema de uso de esta posibilidad en la que se concreta tanto el porcentaje de jornada como los descansos en este contexto, además de la compensación económica por su utilización<sup>454</sup>.

A nivel sectorial, por su parte, se ha observado como se admite, también, de manera genérica, como en el convenio colectivo de derivados del cemento de Albacete<sup>455</sup>, o se han fijado topes a esta distribución irregular, como en el VII convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados<sup>456</sup> o el convenio colectivo provincial del comercio en general de Toledo,<sup>457</sup> o bien se remite para su concreción a nivel de empresas: convenio colectivo provincial de trabajo de la industria de la alimentación de la Junta de Andalucía<sup>458</sup>. Todo ello sin pérdida de derechos como expresamente se reconoce en el convenio colectivo de transportes de viajeros por carretera de la provincia

---

<sup>454</sup> De un modo más genérico, estableciendo un margen de 9 a 12 horas de jornada máxima con aceptación de la persona trabajadora, puede citarse el art. 11 del Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España (BOE 26 de febrero de 2015).

<sup>455</sup> Art. 5bis. "Las empresas podrán distribuir la jornada establecida a lo largo del año, mediante criterios de fijación uniforme o irregular".

<sup>456</sup> Art. 43.2. "Cuando se practique por la empresa una distribución irregular de la jornada, se limitará esta a los topes mínimos y máximos de distribución siguientes: En cómputo diario no podrá exceder de un mínimo y máximo de 7 a 9 horas; en cómputo semanal dichos límites no podrán exceder de 35 a 45 horas. Los límites mínimos y máximos fijados en el párrafo anterior, con carácter general, podrán ser modificados a nivel de empresa por acuerdo con los representantes legales de los trabajadores. 4. Si como consecuencia de la irregular distribución de la jornada, al vencimiento de su contrato el trabajador hubiera realizado un exceso de horas, en relación a las que correspondería a una distribución regular, el exceso le será abonado en su liquidación con un incremento del 50 por ciento sobre el valor de la hora ordinaria".

<sup>457</sup> Art. 25. "Sin que suponga ningún aumento sobre la jornada anual y semanal establecida en los artículos anteriores, se podrá distribuir dicha jornada incluyendo los sábados por la tarde. Los trabajadores que presten sus servicios la tarde de los sábados, que comenzará a partir de las 15:00 horas, tendrán una compensación en tiempo de descanso de media hora por cada hora trabajada esa tarde". En la misma línea, el convenio colectivo del sector de las industrias de la construcción y de obras públicas de Navarra, art. 27. "Se podrá establecer la distribución variable de la jornada máxima anual sin que en ningún caso se puedan sobrepasar nueve horas ordinarias de trabajo efectivo diarias". el convenio colectivo del sector de las empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, art. 22bis. "Se podrán rebasar las duraciones máximas de jornada de trabajo diaria y semanal, siempre y cuando no se realicen más de 10 horas diarias, ni más de 46 horas semanales, ni se rebasen el número de horas de trabajo que para los viernes esté fijado en el calendario laboral de cada centro de trabajo".

<sup>458</sup> Art. 24. "Ambas partes acuerdan que la distribución horaria de la jornada pactada en el presente convenio, se desarrollará en cada empresa (...)".

de Albacete, en su art. 24: “Si por reestructuración de la jornada laboral de los trabajadores se distribuyera la jornada semanal de trabajo en cinco días tendrán derecho a percibir la totalidad de los pluses que les corresponderían por seis días de trabajo semanales”. Finalmente<sup>459</sup>, también se han dispuesto previsiones de prolongación de la jornada de trabajo que, en su caso, suponen una auténtica distribución irregular de la jornada. Tal es el caso del convenio colectivo provincial de trabajo del sector de la construcción y obras públicas, que en sus arts. 55 y 59 contempla que “La jornada de los trabajadores con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria, necesarias para la reanudación o continuidad del proceso productivo, así como el personal que ponga en marcha o cierre el trabajo de los demás, podrá ampliarse por el tiempo preciso, sin que el exceso sobre la jornada ordinaria se compute como horas extraordinarias, debiendo abonarse, como mínimo, a prorrata del valor de la hora extraordinaria de trabajo”.

Independientemente de este grupo de convenios analizados, tomando como referencia el año 2020 en adelante, la primera conclusión que se puede extraer es que no hay un cambio significativo de contenidos, de hecho, siguiendo la misma distinción anterior seguimos diferenciando, en este campo de análisis, medidas que se responden a la adaptación a las necesidades empresariales de aquellas otras que siguen aludiendo a requerimientos de la vida personal o familiar de la persona trabajadora.

Sea como sea, y antes de proceder a su desglose, parece oportuno hacer una referencia expresa a un elemento que tiene especial transcendencia en el marco de la negociación como es el V AENC en cuanto a su contenido sobre ordenación del tiempo de trabajo. Al respecto, en la apuesta que se incluye sobre los instrumentos de flexibilidad interna frente a los externos y de ajuste de plantilla, se incluye que “Para las Organizaciones firmantes el convenio colectivo es el instrumento adecuado para articular el uso flexible en la empresa de elementos como el tiempo de trabajo y la movilidad funcional, respetando las previsiones legales y con las debidas garantías para empresas y personas trabajadoras” (capítulo IX).

A tal efecto, cuando se centra en sus previsiones sobre ordenación de tiempo de trabajo, se vuelve a reiterar la importancia de la regulación de este elemento respecto a los derechos personales y de conciliación, de una parte, y, de otra, para los intereses empresariales en términos organizativos y de competitividad.

---

<sup>459</sup> Al margen de alguna otra previsión como el convenio colectivo provincial de trabajo para la actividad de limpieza de edificios y locales de Ávila, art. 25. “Se considerará también como tiempo efectivo de trabajo aquel que precise el trabajador para desplazarse de un centro de trabajo a otro dentro de la jornada”.

Por ello, en aquel contexto de potenciación de la flexibilidad interna se dispone, expresamente que “Con el fin de conseguir una mejor adaptación a las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras, en aras al mantenimiento de la actividad y del empleo, los convenios colectivos promoverán:

La fijación preferente de la jornada en cómputo anual, a fin de facilitar fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo.

La implementación de la distribución irregular de la jornada con el fin de compatibilizar las necesidades productivas y organizativas de las empresas con la vida personal y familiar de las personas trabajadoras y trabajadores, articulando los sistemas de compensación de las diferencias, por exceso o defecto, derivadas de esa distribución irregular

La racionalización del horario de trabajo, teniendo en cuenta las especificidades de cada sector o empresa, con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La flexibilidad en los horarios de entrada y salida del trabajo, cuando el proceso productivo y organizativo lo permita”.

Y junto a ello, en el Capítulo XII, sobre igualdad entre mujeres y hombres, los agentes sociales se comprometen a “Incorporar medidas de flexibilidad interna que faciliten la conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Como, por ejemplo, se puede observar en el convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, que prevé una Comisión de Igualdad en el ámbito sectorial estatal del sector del juego del bingo, en su art. 87: “Sin perjuicio de la regulación que pueda contener este acuerdo en materia de derechos de conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando estas medidas no se negocien y acuerden en el ámbito sectorial estatal, promoverán medidas de flexibilización de la jornada laboral y del horario de trabajo, que faciliten el derecho efectivo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de los trabajadores varones en las labores domésticas y en la atención a la familia”.

Veamos, no obstante, en sentido más amplio, que se ha hecho hasta ahora (con el marco de los anteriores AENC) de lo previsto en el instrumento citado.

Al respecto, concretamente en cuanto a los convenios negociados a partir de 2020 en adelante, se hace evidente la influencia de las políticas públicas encaminadas al favorecimiento de la conciliación entre la vida laboral y privada; la

existencia de herramientas específicas para personas trabajadoras con discapacidad y, en general, un mayor desarrollo normativo tendente a paliar la posible erosión o invasión que pueda ocasionar la jornada de trabajo respecto a otros ámbitos de la vida del trabajador.

Al hilo de esto, son diversas las soluciones que adoptan los convenios colectivos para facilitar la conciliación mediante la flexibilidad horaria. De un lado, el VII convenio colectivo de la Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Trípode, S.A, y G-3 Servicios y Asesoramiento, reconoce en su art. 12 la posibilidad de dejar sin efecto el pacto de horas complementarias por estudios o por prestación de otro trabajo, cumpliendo una serie de requisitos. El Convenio colectivo de Recuperación De Materiales Diversos S.A, por su parte, refleja, en su art. 19.2 una jornada flexible atendiendo a necesidades de conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral<sup>460</sup>. Medida que se concreta en un número de horas en el convenio colectivo de Diario ABC, SL<sup>461</sup> o en el modo exacto en que ello se concreta en el III convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar, garantizando el derecho de cuidado a personas dependientes mediante la posibilidad de retrasar o adelantar una hora, el momento de entrada o salida<sup>462</sup>. A esta misma opción se refiere el Anexo I del convenio colectivo de la Fundación Cajasol. De un modo más concreto, algunas cláusulas convencionales reconocen otros derechos que van en esta línea, como la reducción de la jornada en período estival (convenio colectivo de sector de montajes de la provincia de Huelva)<sup>463</sup>, o el reconocimiento, como tiempo de trabajo, de períodos de descanso (convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos e industriales y de droguería, perfumería y anexos)<sup>464</sup>. Otros convenios, por último, recono-

---

<sup>460</sup> “Las personas trabajadoras con jornada completa dispondrán de un horario flexible que les posibilitará, velando por la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, comenzar a trabajar entre las 7:00h y las 9:30h y finalizar la jornada entre las 14:00h y las 17:15h.”

<sup>461</sup> El art. 54. R) del, dispuso, a partir del 1 de enero de 2020, “la creación de una bolsa de 15 horas anuales para todos los trabajadores como medida de conciliación, que no se podrán disfrutar acumulándolas como jornadas laborales completas”, además de la flexibilidad reconocida en su art. 49.

<sup>462</sup> Art. 16.4. “Mediante acuerdo con el registrador se podrá establecer una flexibilidad horaria de hasta una hora en la entrada y la salida con aquellos trabajadores que tengan necesidades especiales, tales como familiares con discapacidad a su cargo o por cuidado directo de un menor de hasta doce años, cumpliéndose en todo caso el total de la jornada pactada”.

<sup>463</sup> Art. 30. “Las personas trabajadoras afectadas por el presente convenio disfrutarán de una jornada de verano en jornada de mañana de 7,30 horas y de forma continuada como mínimo de tres meses y medio”.

<sup>464</sup> Art. 36. “En las jornadas continuadas de seis o más horas de duración, se establecerá un tiempo de descanso (bocadillo) de una duración mínima de 15 minutos, que serán considerados tiempo efectivo de trabajo, respetándose en todo caso los descansos de superior duración existentes en las empresas antes de la publicación de este convenio”.

cen la posibilidad de acordar medidas de flexibilidad entre el trabajador y la empresa, como el convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S. M. E. S.A.<sup>465</sup>.

De otra parte, las necesidades estrictamente empresariales son la razón de ser de cláusulas convencionales en las que existe un amplio reconocimiento de la flexibilidad en favor de la parte empresarial. Es el caso del V convenio colectivo general del sector de asistencia en tierra en aeropuertos, que, en su art. 31 (se reproducen en los mismos términos), fijan un amplísimo margen de flexibilidad: “Dada la peculiaridad de las funciones de las Empresas a las que afecta este Convenio, que exige una permanente actividad para el servicio que prestan las Compañías Aéreas, las Empresas tendrán plena facultad para establecer jornadas, turnos y horarios del personal, siempre respetando las disposiciones legales y convencionales de aplicación”.

En otros supuestos, pero por las mismas razones, se condicionan, en otras cláusulas convencionales, el disfrute de determinados derechos vinculados al tiempo de trabajo, como el derecho al descanso retribuido. Prueba de ello, el convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, permite que, a nivel de empresa y por acuerdo colectivo, se module el disfrute de las vacaciones, su duración, fiestas y permisos<sup>466</sup>.

De un modo semejante al período analizado anterior a 2020, existe un conjunto de convenios que incluyen la posibilidad de una distribución irregular de jornada, incluyendo topes en su realización. Así, el convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Jaén, fija, en su art. 12 una “Jornada laboral con bolsa de trabajo irregular de 250 horas anuales que se podrán aplicar, en jornadas de 9 horas ordinarias como máximo y 45 horas semanales en prolongación de jornada con la excepción contemplada...”. Por otro lado, el convenio colectivo del sector agrario (manipulado y envasado) se reconoce, en su art. 14, esta opción: “Por las peculiaridades del trabajo estacional y discontinuo, pedidos urgentes, suministros, imprevistos, etc. se pacta expresamente la jornada irregular durante los meses de noviembre, diciembre, enero, febrero, marzo y

---

<sup>465</sup> Art. 44. la flexibilización de la jornada laboral para aquellos que “tengan a su cargo personas mayores, descendientes de primer grado de consanguinidad, menores de 14 años o personas con discapacidad acreditada, así como quien tenga a su cargo directo un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

<sup>466</sup> Art. 39. “La empresa y los representantes de los trabajadores podrán establecer, si así lo deciden de mutuo acuerdo, el calendario laboral interno de las vacaciones, pudiendo modificar la duración de las mismas, las fiestas laborales y permisos especiales, salvando la debida atención de los servicios que deban funcionar”.

abril, donde la empresa podrá organizar el trabajo existente estableciendo las jornadas diarias o semanales precisas, en función de las necesidades de cada momento. Se establece una jornada semanal ordinaria máxima de 56 horas de trabajo efectivo (durante los meses de noviembre a abril)”.

En esta dinámica de la distribución irregular de jornada, hay un alto número de convenios que establecen mecanismos y criterios de compensación respecto de las horas realizadas, sea de un modo simple como el convenio colectivo general de la industria química<sup>467</sup>; sea de un modo más completo, con el establecimiento de directrices y topes en el sistema de compensación como el convenio colectivo sectorial de oficinas de farmacia de Bizkaia<sup>468</sup> o el convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales de Bizkaia<sup>469</sup>.

Podría decirse que existe una relación inescindible entre, la necesidad organizativa y productiva de la empresa y la flexibilidad horaria, pero también a los aspectos relacionados con la conciliación o necesidades estrictamente personales. Dicha flexibilidad se encuentra del mismo modo, inexorablemente subordinada al factor productivo, por lo que, existen diferentes sistemas de implantación de flexibilidad horaria recurrentes en los convenios examinados, los cuales exponemos a continuación:

-La creación de una bolsa de horas flexibles de trabajo. Se pretende facilitar al trabajador la disposición de ciertas horas de su jornada dentro de los márgenes legalmente reconocidos.

---

<sup>467</sup> Art. 43. “la compensación de las horas flexibles realizadas en virtud del presente apartado 43.2, esto es, en exceso sobre las 200 horas previstas en el apartado 43.1, será a razón de 1,5 horas de descanso obligatorio por cada jora flexible realizada”.

<sup>468</sup> Art. 15. “las horas de trabajo de dicha bolsa que se realicen en domingo, festivos oficiales y guardias en horario de 22:00 horas a 9:00 horas, tendrán una remuneración del 150% de la hora ordinaria o con descanso equivalente en el mismo porcentaje.» No podrá utilizarse la bolsa de horas en el periodo de vacaciones anuales (30 días naturales) fijado para cada persona trabajadora en el calendario laboral. Se respetarán en todo caso las licencias del artículo 11 del presente Convenio solicitadas con anterioridad por las personas trabajadoras; — Las oficinas de farmacia y las personas trabajadoras afectadas acordarán el disfrute de las horas de compensación, así como la fecha y forma del mismo, procurándose que su disfrute se lleve a cabo en jornadas completas de descanso. En defecto de acuerdo, la compensación de estas horas deberá realizarse en las 8 semanas siguientes a su utilización. En cualquier caso, la bolsa de 50 horas anuales se entiende comprendida dentro de la jornada máxima anual, señalada para los años de vigencia del Convenio”.

<sup>469</sup> Art. 13. “En defecto de acuerdo la compensación de estas horas se realizará durante las 14 semanas siguientes a su utilización, de forma que el trabajador en ningún caso exceda de una jornada equivalente a 35 horas semanales en el cómputo de dicho periodo. En caso de que la empresa y el trabajador acuerden su disfrute más allá de las 14 semanas en ningún caso excederá de una jornada equivalente a 35 horas semanales en el cómputo del periodo que va desde la utilización de la bolsa hasta el disfrute efectivo de las horas de compensación”.

-Sistema de compensación de horas extraordinarias.

-Posibilidad de concertar pactos entre el trabajador y la empresa respecto de fórmulas para flexibilidad la jornada laboral.

-Reconocimiento de dicha flexibilidad a determinados trabajadores (víctimas de violencia de género, cuidadores dependientes, conciliación familiar etc.).

Se constata, de este modo, una extraordinaria dificultad para la implantación de un régimen de jornada horaria flexible uniforme para todas las empresas, dada la diversidad y heterogeneidad del tejido empresarial español.

## C.9. TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO\*

### **C.9.1. El trabajo a distancia y el teletrabajo en la negociación colectiva: una primera aproximación**

El trabajo a distancia y el teletrabajo se presentan como una opción flexible que permite la deslocalización de la actividad productiva. Esta modalidad laboral flexibiliza la definición del lugar donde se realiza el trabajo, tanto para adaptarse a las necesidades del trabajador, como por razones relacionadas con la empresa. En este contexto, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, juega un papel fundamental al regular esta forma de trabajo.

Sin embargo, a pesar de la existencia de una ley que regula esta modalidad laboral del teletrabajo, se observa un claro enfoque hacia la negociación colectiva para abordar distintas cuestiones relacionadas con el teletrabajo. A lo largo del articulado de la ley, se hace referencia en numerosas ocasiones a la necesidad de recurrir a la negociación colectiva para resolver diversos aspectos. Estas remisiones no son obligatorias, sino que brindan habilitaciones y posibilidades facultativas. Por ejemplo, la Ley 10/2021 hace referencia a la negociación colectiva en temas como la reversibilidad del teletrabajo, la flexibilidad horaria, los derechos colectivos y las condiciones de uso de equipos informáticos. Además, se impone a la negociación colectiva la identificación de puestos aptos para el teletrabajo y la regulación de aspectos como la duración máxima, la desconexión digital y la jornada mínima presencial. La protección de los derechos de los trabajadores a distancia es resaltada, otorgando a la negociación colectiva la facultad de establecer condiciones específicas y garantizar la igualdad de trato. Aunque se vislumbra una regulación clara y la previsión de protocolos, la falta de obligatoriedad y una opción supletoria en los convenios colectivos pueden generar carencias y falta de garantías reales.

---

\* Apartado realizado por Gloria María MONTES ADALID, *Contratada FPU en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.*

Además, es relevante destacar que se ha incluido una disposición adicional específica para la negociación colectiva del trabajo a distancia y teletrabajo. Esta disposición adicional otorga habilitación y amplitud a los convenios o acuerdos colectivos para regular de manera más detallada y específica esta modalidad laboral. De esta forma, se reconoce la importancia de la negociación colectiva como un mecanismo fundamental para adaptar las normativas a las particularidades de cada sector o actividad en relación con el teletrabajo.

Así, esta disposición adicional establece que los convenios o acuerdos colectivos pueden regular el trabajo a distancia en función de las características específicas de cada sector o actividad, determinando qué puestos de trabajo y funciones son adecuados para realizar a través del trabajo a distancia, así como las condiciones de acceso y desarrollo de esta modalidad laboral. Otros aspectos a los que se refiere esta disposición adicional son el establecimiento de una duración máxima para el trabajo a distancia e inclusión de otros contenidos adicionales que se consideren necesarios regular.

Además, los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer una jornada mínima de trabajo presencial en el caso del trabajo a distancia, es decir, se puede requerir que los empleados acudan a las instalaciones de la empresa en ciertos días o períodos de tiempo. También se puede regular la reversibilidad, es decir, la posibilidad de regresar al trabajo en las instalaciones de la empresa después de haber trabajado a distancia.

Asimismo, se puede establecer un porcentaje o período de referencia inferior al establecido por la ley para calificar el trabajo a distancia como “regular”, brindando, de nuevo, mayor flexibilidad al porcentaje del 30%. Adicionalmente, se permite que los convenios o acuerdos colectivos establezcan un porcentaje de trabajo presencial diferente al previsto en los contratos formativos, siempre y cuando no se celebren con menores de edad.

Por último, los convenios o acuerdos colectivos pueden regular las circunstancias extraordinarias en las que se puede modular el derecho a la desconexión. Esto implica que se pueden establecer situaciones especiales en las que los empleados puedan estar disponibles o conectados fuera de su horario laboral habitual<sup>470</sup>.

En este contexto, se observa que las cláusulas de los convenios colectivos apenas están aprovechando las oportunidades de flexibilidad interna que se presentan a través de la negociación colectiva.

---

<sup>470</sup> *Vid.* Disposición adicional primera. El trabajo a distancia en la negociación colectiva., de la Ley 10/2021.

### **C.9.2. Una cuestión de acuerdos**

El teletrabajo ha despertado un gran interés en la actualidad, pero este interés no es algo reciente. Es fundamental dirigir nuestra atención al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, ya que este acuerdo es la principal fuente de inspiración detrás de los limitados resultados de la negociación colectiva en nuestro país.

En julio de 2002, se estableció el Acuerdo Marco Europeo sobre Trabajo a Distancia (AMET), el cual reconoció al trabajo a distancia como una forma de empleo con dos objetivos principales. En primer lugar, se buscaba modernizar la forma en que se realiza y organiza el trabajo en empresas y organizaciones de servicios públicos. En segundo lugar, se pretendía otorgar a los empleados una mayor autonomía en el desarrollo de sus tareas laborales.<sup>471</sup>

El objetivo principal del Acuerdo Marco era establecer una regulación general a nivel europeo que lograra un equilibrio entre las garantías proporcionadas a los trabajadores que realizaban su labor de manera presencial en las instalaciones de la empresa y aquellos que trabajaban a distancia. Se buscaba dotar a los trabajadores a distancia de la flexibilidad y seguridad necesarias. Entre los objetivos establecidos por el acuerdo se encontraban los siguientes aspectos: permitir la elección voluntaria del trabajo a distancia, garantizar que los derechos de los trabajadores a distancia fueran similares a los de los trabajadores presenciales, respetar la privacidad de los trabajadores, proporcionar los equipos necesarios, asegurar la responsabilidad empresarial en términos de seguridad y salud laboral, garantizar la formación adecuada y proteger los derechos colectivos.

En este sentido, se estipulaba que los trabajadores debían organizar su trabajo de acuerdo con la legislación laboral y los convenios colectivos. Desde el inicio, se reconocía la importancia de la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia.<sup>472</sup>

A este tenor, trasladándonos de nuevo al entorno nacional, la resolución de la Dirección General de Trabajo de enero de 2003 inscribió y publicó el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003), que incorporó el contenido del AMET en los Acuerdos Interconfederales posteriores.

---

<sup>471</sup> GALLEGO MOYA, F.: “El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2021, núm. 457, pág. 75; MONTES ADALID, G. M.: *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, págs. 54 y 55.

<sup>472</sup> *Ibid.*

Hasta hace poco tiempo, estaba en vigor el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que se extendía desde 2018 hasta 2020 y prorrogaba en su mayoría el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Estos acuerdos contenían disposiciones relacionadas con el teletrabajo, que establecían su carácter voluntario y reversible, y mencionaban la importancia de regular aspectos como la privacidad, la prevención de riesgos laborales, la formación y la igualdad de derechos entre los teletrabajadores y los trabajadores presenciales.

En el momento presente, ya contamos con un nuevo acuerdo: la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>473</sup>, con fecha de publicación el 31 de mayo de 2023.

Así, cuenta con la presencia de un “Capítulo X” dedicado a la materia del Teletrabajo, recordando, de nuevo, el llamamiento a la negociación colectiva que se desarrolla a lo largo del articulado de la Ley 10/2021. En concreto, apela a la inclusión de las siguientes materias en los convenios colectivos que se negocien:

- *“Identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de trabajo a distancia (DA 1.ª de la LTD).*
- *Condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral a distancia (DA 1.ª de la LTD).*
- *Duración máxima del trabajo a distancia (DA 1.ª de la LTD).*
- *Jornada mínima presencial (DA 1.ª de la LTD). Porcentaje de jornada o periodo de referencia para estar ante trabajo a distancia (DA 1.ª de la LTD).*
- *Contenidos adicionales a los previstos por la regulación legal para el acuerdo individual (DA 1.ª de la LTD).*
- *Términos del ejercicio de la reversibilidad (artículo 5.3 y DA 1.ª de la LTD).*
- *Mecanismo para la compensación o abono por la empresa de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral (artículos 7. b y 12.2 de la LTD).*
- *Mecanismos y criterios para el paso de trabajo presencial a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a circunstancias como la formación, la promoción y la estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, el pluriempleo o pluriactividad o determinadas circunstancias personales o familiares (artículo 8.3 de la LTD).*

---

<sup>473</sup> BOE, núm. 129, de 31 de mayo de 2023.

- *En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres (artículo 8.3 de la LTD).*
- *Dotación y mantenimiento por la empresa de medios, equipos y herramientas necesarios para la realización de la actividad en teletrabajo (artículo 11.1 de la LTD).*
- *Términos para el uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a disposición por la empresa (artículo 17 de la LTD).*
- *Medios y medidas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso, así como las circunstancias extraordinarias para la modulación de tal derecho (artículo 18.2 y DA 1.ª de la LTD).*
- *Condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia (artículo 19 de la LTD).*
- *Condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos (artículo 21 de la LTD)”.*

Estas son las principales cuestiones que se deben abordar en los convenios colectivos en relación al teletrabajo según el nuevo acuerdo marco para la negociación colectiva. Por tanto, es relevante analizar la situación actual de los convenios colectivos que abordan cuestiones específicas relacionadas con el teletrabajo y qué puntos hemos de implementar.

### **C.9.3. Análisis de la regulación del trabajo a distancia en los convenios colectivos. ¿una oportunidad desaprovechada?**

El presente epígrafe examina la regulación del trabajo a distancia en los convenios colectivos y destaca la escasa inclusión de cláusulas relacionadas con esta modalidad laboral. A pesar de que la ley de trabajo a distancia hace referencia repetidamente a la negociación colectiva como un mecanismo para abordar su implementación, se observa que muchos convenios no aprovechan estas oportunidades y dejan lagunas en su regulación. En este contexto, se proporcionarán ejemplos de algunos convenios que sí han incorporado cláusulas específicas sobre el trabajo a distancia o el teletrabajo, lo que nos permitirá analizar los avances y desafíos en esta materia.

#### *C.9.3.1. Los convenios colectivos sectoriales*

Comenzando por los CC sectoriales, el tratamiento que se le da al concepto de teletrabajo en los convenios se puede fragmentar en varias parcelas: los que

no reseñan nada del trabajo a distancia o el teletrabajo, los que recogen exactamente lo mismo que establece la LTD y los que regulan alguna materia específica relativa al teletrabajo.

Por ejemplo, el convenio colectivo de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón de Gipuzkoa para los años 2019-2021, hace una escueta referencia ( nombra) al teletrabajo, en su artículo 12 dedicado a la maternidad, previendo la posibilidad de teletrabajo para las mujeres embarazadas, los dos últimos meses de embarazo. Vemos que responde a las demandas contenidas en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva en relación al art. 8 de la Ley 10/2021, en cuanto a que puede entenderse como un mecanismo y criterio para el paso de trabajo presencial a trabajo a distancia, ante determinadas circunstancias personales o familiares.

Por su parte, el convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022, establece en su artículo 8 bis, reconociendo el teletrabajo como una forma innovadora de organización y desempeño del trabajo, facilitada por el avance de las nuevas tecnologías, y que permite realizar la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores sobre el trabajo a distancia. Con el objetivo de implementar y llevar a cabo el teletrabajo en la empresa, se establecen una serie de criterios a tener en cuenta:

- *“Dado el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para la persona trabajadora como para la empresa, ambas fijarán las condiciones de dicha forma de trabajo, salvo en los aspectos en los que exista acuerdo colectivo, en los que se estará a lo acordado.*
- *No obstante, el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, se establece un periodo mínimo de permanencia en esta modalidad de trabajo de 3 meses, sin que ninguna de las partes pueda revertirlo hasta tanto en cuanto haya transcurrido ese periodo mínimo.*
- *Salvo política en contra de la empresa, sólo las personas trabajadoras que hayan superado el periodo de prueba tendrán derecho al teletrabajo.*
- *Deberá respetarse la igualdad de derechos, legales y convencionales, de las personas teletrabajadoras respecto a las personas trabajadoras comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa.*
- *La empresa deberá poner a disposición de la persona teletrabajadora las herramientas necesarias para que ésta pueda teletrabajar. La persona trabajadora, por su parte, vendrá obligada a mantener y conservar las mismas de forma que no se produzcan daños de notoria importancia, así como a ponerlas a disposición de la empresa cuando ésta así lo requiera.*

- *Será conveniente que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.*
- *Salvo pacto de las partes en contrario, la persona teletrabajadora que se encuentre teletrabajando deberá prestar sus servicios desde su domicilio particular.*
- *El espacio de trabajo aportado por la persona teletrabajadora en esta modalidad, deberá cumplir con todos los requisitos necesarios en cuanto a prevención de riesgos laborales y, especialmente, en la especialidad de ergonomía. En consecuencia, la persona teletrabajadora deberá cumplir con las recomendaciones de seguridad y salud en relación con su lugar de trabajo conforme el Real Decreto 486/1997 de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las empresas de trabajo.*
- *Previa notificación a la persona teletrabajadora, la empresa podrá acceder al lugar de trabajo para verificar que el espacio de trabajo resulta adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo. A tal efecto, la persona teletrabajadora deberá facilitar el acceso a los técnicos de los servicios de prevención de la empresa o cargos análogos de órganos competentes encargados de efectuar las revisiones adecuadas y convenientes en este sentido.*
- *La empresa, dentro de su poder de dirección y control que la Ley le confiere, podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona teletrabajadora de sus obligaciones, deberes y jornada laborales, sirviéndose de las herramientas de control que considere necesarias, respetando en todo caso la dignidad de la persona teletrabajadora, su derecho a la protección de datos de carácter personal y el principio de proporcionalidad.*
- *La persona teletrabajadora podrá también ser considerada de cara a los índices de productividad que indica el artículo 9 del presente convenio”.*

En síntesis, se establece el teletrabajo como una forma voluntaria y reversible de trabajo, permitiendo a la persona trabajadora y a la empresa fijar las condiciones, salvo en aspectos acordados colectivamente. Asimismo, se dispone un período mínimo de 3 meses de permanencia en el teletrabajo antes de poder revertirlo, y solo las personas que hayan superado el período de prueba tendrán derecho al teletrabajo, a menos que haya una política en contra. También se refiere a la garantía de la igualdad de derechos entre las personas teletrabajadoras y las que trabajan en las instalaciones de la empresa, y al deber de la empresa de proporcionar las herramientas necesarias y la persona teletrabajadora debe mantenerlas y ponerlas a disposición de la empresa. Se incide en la importancia de

regular aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos y la formación, y en que el espacio de trabajo en el domicilio ha de cumplir con los requisitos de seguridad y salud, y la empresa puede realizar inspecciones previa notificación. Por último, se establece que empresa puede adoptar medidas de vigilancia y control, respetando la dignidad y los derechos de protección de datos de la persona teletrabajadora.

La inclusión del teletrabajo en este convenio, aunque positiva, no es nada exhaustiva, refiriéndose a generalidades. No obstante, es interesante y más concreto el punto en el que se refiere a la prevención de riesgos laborales, estableciendo la verificación de la adecuación del espacio de trabajo a las exigencias de seguridad y salud. Asimismo, se recoge alguno de los puntos señalados en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, como la garantía del ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, referida en el art. 19 de la Ley 10/2021.

Siguiendo con el convenio colectivo estatal de perfumería y afines, este dispone un precepto específico sobre el teletrabajo (artículo 15), estableciendo la voluntariedad del teletrabajo para persona trabajadora y empresa. Asimismo, se alude a la voluntariedad del teletrabajo y la responsabilidad de la empresa de definir los puestos y las personas que estarán bajo esta modalidad, considerando la opinión de la representación legal de los trabajadores, no vinculante. De igual manera el Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados (Resolución de 3 de noviembre de 2023) se recogen algunos aspectos en materia de prevención, como que *“El desarrollo del teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora solo será posible cuando dicho espacio resulte adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo”*, así como el acceso al domicilio de la persona teletrabajadora. También, se ve un intento por regular el mecanismo para la compensación o abono por la empresa de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral (artículos 7. b y 12.2 de la Ley 10/2021), pero sin establecer medidas concretas. Por último, se recoge la garantía del ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia de la siguiente manera: *“Las personas teletrabajadoras tendrán los mismos derechos que el resto de las personas trabajadoras en la empresa y estarán sometidas a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de las personas trabajadoras o que prevean una representación de las personas trabajadoras”*.

Continuando con el III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar, este establece en su disposición adicional cuarta la constitución de una Comisión para el estudio y

modo de implantación del teletrabajo. Se establecerá una Comisión compuesta por la APR, los sindicatos y representantes del Colegio Nacional de Registradores, junto con asesores técnicos, para analizar y desarrollar las condiciones y procedimientos de implementación del teletrabajo en el sector, con el objetivo de promover la conciliación laboral y familiar, así como mejorar los costos y la productividad. Se alude a la voluntariedad del teletrabajo y a la aplicación de protocolos de seguridad y legales establecidos por la Junta de Gobierno del Colegio Nacional de Registradores. Asimismo, se establece la realización de experiencias piloto y estudios para abordar posibles desafíos.

Por otra parte, el Convenio Colectivo Provincial de las Industrias del Aceite y sus derivados para la Provincia Córdoba establece en su art. 42 la creación de la comisión de empleo y de seguridad y salud laboral, con el fin de fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, sin concretar nada diferente a las previsiones legales sobre el teletrabajo.

Prosiguiendo, tenemos la Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, en cuyo art. 13 se regula el teletrabajo, incluyendo flexibilidad horaria y desconexión digital.

Otra mención a un convenio colectivo que regule el teletrabajo es el Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (estatal), en cuyo art. 37 se regula el trabajo a distancia y teletrabajo. De la misma manera, el Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (estatal), en su art. 24.2.

Asimismo, cabe mencionar el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal, suscrito por la Asociación de Empresas del Comercio e Industria del Metal de Madrid, que en su art. 25, del Capítulo V Conciliación e Igualdad, establece *la posibilidad organizativa de pactar tiempos de teletrabajo durante la semana en los puestos y centros de trabajo que lo posibiliten.*, que puede entenderse como un diseño de un mecanismo que evita la perpetuación de roles y estereotipos de género (art. 8.3 de la Ley 10/2021).

También, la Resolución de inscripción e publicación de convenio colectivo del sector de comercio de alimentación de provincia de Coruña 2022-2025, en su art. 47 se dedica a la Transición digital y al teletrabajo, y establece que las personas empleadas tienen derecho a recibir información y participar en consultas periódicas sobre temas relacionados con la organización del trabajo, como hora-

rios, jornadas irregulares, flexibilidad y autogestión, métodos de control (acceso a equipos y comunicaciones, videovigilancia, geolocalización, etc.), conciliación, derecho a la desconexión digital, movilidad, clasificación profesional, estructura salarial y ubicación del lugar de trabajo (indeterminación, teletrabajo, etc.), entre otros asuntos.

Siguiendo con la Resolución de 3 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios, en su art. 95 de refiere al Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (trabajo a distancia punto 3), que reproduce lo establecido en el art. 18 de la Ley 10/2021, sin mayor profundización, al igual que la Resolución y articulado del Convenio Colectivo del sector almacenistas de alimentación al por mayor de la provincia de Castellón, en su art. 16.

Además, el Convenio colectivo del sector de las industrias del frío industrial establece en su art. 13 una previsión relativa al Trabajo a distancia: “(...) *La Empresa deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informarles de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo*”.

Por su parte, el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, en su art. 20 sobre Teletrabajo y trabajo a distancia, reproduce puntos ya establecidos en la LTD, como definición, reversibilidad, dotación y mantenimiento... En el art. 58 del mismo, se establece que “*En la industria de la confección, vestido y tocado, el límite mínimo de tarea y labor en el trabajo a distancia no será inferior a aquella que represente el importe de cuarenta y ocho jornadas al semestre por cada persona*”.

Por último, la Resolución de 18 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, establece una Disposición adicional primera, en la que se dispone el compromiso de negociar en un plazo máximo de seis meses la Comisión Negociadora del II Convenio de Acción e Intervención Social, que abordará las materias referidas al trabajo a distancia, derechos digitales, derechos sindicales y flexibilidad horaria.

Como vemos, son resultados que denotan la escasa inclusión de cláusulas sobre el trabajo a distancia en convenios colectivos sectoriales. Podemos hablar de una insuficiencia en la regulación del concepto de trabajo a distancia y, particularmente, del teletrabajo en base a su escasa presencia. Al analizar una mues-

tra de 200 convenios colectivos pertenecientes a diversos sectores, se observa un dato revelador: únicamente 15 de estos convenios incluyen alguna cláusula o precepto relacionado con el trabajo a distancia, representando tan solo un 7,5 % del total de convenios analizados.

Estos resultados generan sorpresa, especialmente considerando el notable aumento que ha experimentado el teletrabajo en España después de la pandemia. La falta de inclusión de disposiciones específicas en la mayoría de los convenios colectivos puede implicar un vacío normativo y dificultar la adaptación y regulación adecuada de esta modalidad laboral en diferentes sectores.

### *C.9.3.2. Convenios colectivos de empresa*

En términos de convenios colectivos de empresa, podemos destacar el Convenio colectivo de Beer&Food, que en su art. 35 relativo a la jornada de trabajo, menciona el trabajo a distancia en el apartado 3, en relación a la adaptación de la duración y distribución de la jornada: *“Así mismo y de conformidad con el art. 34.8. E.T, tras la reforma del R.D.L 6/2019 de 1 de marzo, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (...)”*. Como vemos, una simple mención a la posibilidad de trabajo a distancia como medida de adaptación de la duración y distribución de la jornada.

Por su parte, el convenio colectivo para el personal de la Real Federación Andaluza de Fútbol, en su precepto 17, sobre el teletrabajo, establece lo que se considera teletrabajo en el marco de la RFAF. Se alude, de la misma manera, a la voluntariedad, la supervisión empresarial y la puesta a disposición de medios. En esta línea, el Convenio colectivo de La Voz de Galicia, SA., regula en su art. 31 el contrato de trabajo a distancia, definiendo el trabajo a distancia y estableciendo diversas consideraciones:

- Este tipo de contrato promueve la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
- El acuerdo para establecer el trabajo a distancia debe ser por escrito y se aplicarán las mismas reglas que para el contrato de trabajo presencial. Los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos que los trabajadores presenciales, excepto aquellos inherentes a trabajar físicamente en la empresa.
- La empresa debe proporcionar los medios necesarios para el acceso a la formación y promoción profesional, así como informar sobre puestos de trabajo presenciales disponibles.

- La protección de la salud y seguridad laboral se rige por la legislación correspondiente.
- Los trabajadores a distancia pueden ejercer derechos de representación colectiva y deben estar asignados a un centro de trabajo específico.
- Los medios necesarios para el trabajo a distancia son responsabilidad de la empresa, y si son aportados por el trabajador, se establecerá un acuerdo sobre su uso y amortización. La empresa es responsable de cumplir con la protección de datos personales.
- La adopción del trabajo a distancia es voluntaria para ambas partes y puede revertirse mediante acuerdo mutuo.

En cuanto al cómputo de jornada, el Convenio Colectivo de la empresa Nevaluz Sevilla, establece en su art. 11 que *“Para las personas que utilicen la modalidad de teletrabajo, el cómputo de jornada será el tiempo que permanezcan en conexión al ordenador (...) La jornada de trabajo será registrada mediante partes de trabajo telemáticos para los que se usará el marcaje con huella dactilar o aplicaciones en el caso del equipo comercial y el teletrabajo”*.

Asimismo, establece una regulación específica para el teletrabajo en su art. 15: *“En el marco de las diferentes fórmulas existentes para la organización y/o realización del trabajo, existe a través de la utilización de las tecnologías de la información, la modalidad del teletrabajo, estableciendo voluntariedad para su realización por parte de la persona trabajadora y la reversibilidad de la fórmula.*

Posteriormente, establece una serie de condiciones de aplicación de esta fórmula, que de manera sintética consisten en disponer que el teletrabajo no cambia la relación laboral existente ni las condiciones económicas y laborales de los trabajadores, de acuerdo con la legislación vigente y el convenio colectivo. En cuanto a la protección de datos, se aplicará la legislación vigente sobre protección de datos personales y la empresa se encargará de proteger adecuadamente esta información. La empresa proporcionará al empleado los equipos informáticos y de comunicación necesarios para realizar su trabajo, así como el material de trabajo adecuado. En términos de seguridad y salud, se aplicarán las normas correspondientes a los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos, y se llevarán a cabo reconocimientos médicos según el protocolo establecido por la empresa. La persona trabajadora realizará una jornada no presencial que será acordada por escrito y que no superará el 90% de su jornada habitual, pudiendo ser modificada de común acuerdo. Es importante combinar un control del teletrabajo con la flexibilidad necesaria para asistir a reuniones o realizar tareas presenciales cuando sea necesario. Las personas que teletrabajan tienen acceso a la formación y oportunidades de desarrollo profesional igual que aquellas que trabajan en las instalaciones de la empresa.

Siguiendo con el Convenio colectivo de la empresa TK Home Solutions, S. R. L., sucursal en España, este establece en su art. 33 una disposición sobre el teletrabajo, que reproduce lo indicado en la LTD, al igual que el IV Convenio Colectivo de la empresa «Euskaltel, S.A.» en su art. 24, con el teletrabajo y desconexión digital, y el Convenio colectivo de Orange Espagne, en su art. 40 sobre el trabajo en remoto.

En la disposición adicional tercera, el Conveni col·lectiu de treball de l'empresa Abertis Infraestructuras, SA per als anys 2018-2021 establece un acuerdo concreto sobre teletrabajo, en el que las partes acuerdan establecer un plan piloto para evaluar el teletrabajo como método de trabajo no presencial. Para ello, se creará una Comisión Técnica del Programa de Teletrabajo, compuesta por igual número de representantes de la empresa y del Comité de Empresa, y presidida por el departamento de personas y organización. Esta Comisión tendrá la responsabilidad de evaluar, estudiar y proponer métodos de trabajo no presenciales. La constitución de esta Comisión se llevará a cabo conjuntamente con la firma de este Convenio colectivo.

Por otro lado, en el Anexo V sobre las Condiciones laborales de las personas teletrabajadoras, Jornada y horarios del III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA, se establece una cláusula que reconoce la flexibilidad en la distribución de jornada y horario de la modalidad de teletrabajo, de la siguiente manera: *“Por otro lado es preciso compaginar un control del teletrabajo (días y horarios prefijados), con la necesaria flexibilidad para realizar el trabajo igual que si se trabajase en la oficina (asistencia a reuniones, a cursos, sustitución de personas del mismo equipo de baja o de vacaciones, imprevistos, variaciones de actividad, por ejemplo por colaboración en proyectos transversales..., etc.), partiendo del principio de que el trabajo debe realizarse como si se estuviera en la oficina, de tal forma que el teletrabajo no puede suponer una limitación a la adecuada y eficaz organización del trabajo. Por todo ello, los días y horarios pactados en el acuerdo individual actuarán como regla general siempre que no impida la normal realización de la actividad, permitiéndose las variaciones que sean precisas en atención a las necesidades organizativas, siempre con pleno respeto a la jornada laboral y horarios de oficina. Las reiteradas variaciones y modificaciones en este sentido, deberán ser tenidas en cuenta en el planteamiento de la reversibilidad”*.

Prosiguiendo, en la disposición adicional sexta del III Convenio colectivo del Grupo Enagás, se establece, sobre el teletrabajo, que *“Sin perjuicio de los resultados que se alcancen en la Mesa de Trabajo sobre horarios, durante el periodo de vigencia del convenio será de aplicación a los profesionales adscritos al Convenio Colectivo el programa de teletrabajo que la empresa tenga implantado en cada momento. La adhesión al citado programa será voluntaria, previa y expresa solicitud del interesado”*

También, el teletrabajo queda recogido como medida para favorecer la conciliación entre la vida laboral y familiar en el convenio colectivo de la Fundación Azti (Derio), en su art. 52.

De la misma manera, el teletrabajo también queda recogido en el Conveni col·lectiu de treball de l'empresa Cruz Roja Española en els centres de treball de la província de Girona, per als anys 2022 -2025 (codi de conveni núm. 17100332012018), en su Capítulo VI dedicado a esta materia. En concreto, en los arts. 20 y siguientes, destacando el art. 27 sobre la organización del teletrabajo, en el que se establece que:

- El empleado/a que opte por este acuerdo continuará asignado/a a la misma unidad, departamento y/o proyecto en el que ha estado trabajando hasta ahora.
- En términos generales, se establece que el teletrabajo puede ocupar hasta un 40% de la jornada laboral en un período trimestral. Por ejemplo, en un trimestre de 60 jornadas laborales, se permitirá un máximo de 24 días de teletrabajo, lo que equivale a dos días de teletrabajo por semana completa.
- El teletrabajo no se podrá realizar en horas sueltas, sino que deberá llevarse a cabo en jornadas completas. Además, no se permitirá el teletrabajo en aquellos días en los que el empleado/a deba trabajar por la tarde.
- No obstante, por razones justificadas, este porcentaje de teletrabajo puede ser adaptado mediante un acuerdo entre el empleado/a y la dirección de la empresa.
- Con el objetivo de organizar de manera adecuada la cobertura de las actividades y la ocupación de la oficina, los departamentos establecerán un calendario trimestral de días de teletrabajo por semana.
- El horario y la distribución de la jornada de trabajo de la persona que realice teletrabajo no sufrirán modificaciones y se respetarán los límites establecidos en el convenio colectivo vigente. Además, el registro de la jornada laboral se llevará a cabo a través de la herramienta de registro horario, tal como establece el convenio colectivo.

Por último, en el precepto 40 del Convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU, se regulan aspectos generales sobre el régimen de acogimiento al teletrabajo de manera flexible, a no ser que por la naturaleza misma del puesto esto no sea factible.

Así, descubrimos que los convenios colectivos de empresa también muestran una escasa presencia de cláusulas relacionadas con el trabajo a distancia, similar a lo observado en los convenios colectivos sectoriales. Esto indica una

insuficiente regulación en cuanto al concepto de trabajo a distancia y, más específicamente, del teletrabajo. El dato es todavía más impactante: solamente 13 de ellos contienen alguna cláusula o precepto relacionado con el trabajo a distancia, representando apenas un 6,5% del total de convenios analizados.

¿Cuáles podrían ser las razones detrás de esta falta de aprovechamiento de regulación por parte de los convenios colectivos?

## C.10. EL MECANISMO RED\*

### C.10.1. La búsqueda de flexibilidad laboral en España: una alternativa a los despidos

Durante mucho tiempo se ha argumentado que nuestra legislación laboral era extremadamente rígida y que la falta de flexibilidad interna en las empresas se compensaba con la contratación temporal y los despidos (flexibilidad externa<sup>474</sup>). Sin embargo, en España, dentro de los programas de reparto temporal del trabajo (PRTT), las empresas han adoptado medidas relacionadas con Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) para suspender contratos y reducir la jornada laboral (conocidos como “ERTE” debido a su carácter temporal) como alternativa a los despidos al ajustar el uso de la fuerza laboral. Estas medidas no son desconocidas<sup>475</sup> y, de hecho, tienen cierto reconocimiento legal<sup>476</sup>. Cabe añadir que han sido un objetivo buscado en las diversas reformas de la legislación laboral española, especialmente desde la gran recesión económica de 2008 y los cambios introducidos por las reformas de 2010 y 2012, aunque hasta ahora no se ha logrado su pleno éxito.

No obstante a lo anterior, se han producido cambios significativos en este panorama. La experiencia de los últimos años en la implementación de los ERTE ha demostrado la eficacia y el carácter preventivo de estas medidas al colocar el

---

\* Apartado realizado por Gloria María MONTES ADALID, *Contratada FPU en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga*.

<sup>474</sup> FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Anatomía jurídica del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *IUSLabor*, núm. 2, 2022, pág. 55-93.

<sup>475</sup> LOUSADA AROCHENA, F.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016; GARCÍA-SERRANO, C.: “Las reformas dirigidas a la flexibilidad interna de las empresas: suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 12, 2015, pág. 249. *Vid.* artículos 47.5 (que remite al 51.7) y 31-33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

<sup>476</sup> Esta figura ya estaba presente en la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y ha experimentado algunos cambios con la reforma laboral de 2012.

tiempo de trabajo en el centro de la flexibilidad interna. Han permitido ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales mediante la gestión flexible de la jornada laboral<sup>477</sup>. A raíz de esto, el uso de los ERTE se incrementó desde abril de 2020 como una medida política específica para mitigar los efectos socioeconómicos generados por la pandemia de COVID-19<sup>478</sup>. Su buen funcionamiento durante este período llevó al gobierno a tomar la decisión de desarrollar un esquema permanente de flexibilidad laboral en las empresas con el fin de preservar los empleos ante posibles disminuciones estructurales en la demanda. Aunque no estaban previstos originalmente en esta reforma, se impulsó la modificación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para incorporar estas medidas que se han mostrado particularmente efectivas en situaciones de crisis<sup>479</sup>.

### C.10.2. La reforma laboral como punto de partida

Mediante el Real Decreto-Ley 32/2021, se ha llevado a cabo una reforma con el objetivo de fortalecer los mecanismos de flexibilidad interna para evitar despidos colectivos de trabajadores. Para lograr esto, se ha agilizado el procedimiento de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), incorporando el mecanismo hasta ahora considerado “extraordinario” surgido durante la pandemia de Covid-19, conocido como los famosos ERTEs por fuerza mayor limitativos y de impedimento debido a una decisión de la autoridad pública.

Como novedad, se ha creado un nuevo procedimiento denominado mecanismo o sistema RED, el cual tiene como objetivo actuar de manera preventiva frente a futuras crisis. Esto busca proporcionar un marco estable de garantías tanto para los trabajadores como para las empresas en casos de fluctuaciones cíclicas de la demanda o para sectores afectados por cambios estructurales. Ade-

---

<sup>477</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. Extra 0, 2022 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021); (<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>), pág. 8.

<sup>478</sup> RUESGA BENITO, S. M. y VIÑAS APAOLAZA, A.: “El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España”, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, pág. 246.

<sup>479</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pág. 107 y ss.; CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La respuesta del derecho del trabajo a la crisis del Covid-19: los ERTEs de la emergencia sanitaria”, en VVAA, *Pandemia y derecho: Una visión multidisciplinar*, LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. Á. (dirs.), PÉREZ LUÑO, A. E. (pr.), ed. Laborum, 2020, pág. 233-249; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada...”, *ob cit.*, pág. 84 y sigs.

más, se desarrollan instrumentos que acompañen a las empresas durante períodos de transición (nuevo artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores)<sup>480</sup>.

La reforma laboral introduce cambios en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que se refiere a la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) y por fuerza mayor<sup>481</sup>. Los elementos clave de esta reforma son los siguientes:

En primer lugar, en relación a los ERTes por causas ETOP, se modifica el artículo 47 del ET para establecer que la suspensión de contratos y la reducción de jornada se aplicarán de manera temporal, manteniendo la obligatoriedad de realizar un periodo de consultas. La novedad radica en la agilización del procedimiento. Específicamente, se reduce la duración máxima del periodo de consultas a 7 días en empresas con menos de 50 trabajadores, mientras que para el resto de las empresas se mantiene el periodo máximo de 15 días para las consultas.

En relación al proceso de constitución de la comisión representativa, se han realizado cambios significativos. En primer lugar, se ha reducido el periodo máximo para constituir dicha comisión en todas las empresas. Anteriormente, este plazo era de 7 días, pero ahora se ha reducido a 5 días. Además, también se ha acortado el plazo de constitución de la comisión en aquellos casos en los que uno de los centros de trabajo afectados no cuenta con representación legal de los trabajadores. Antes, este plazo era de 15 días, pero ahora se ha reducido a 10 días.

Después de la finalización del periodo de consultas, la empresa debe comunicar a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión respecto a la reducción de jornada o la suspensión de contratos, como se hacía anteriormente. Sin embargo, la reforma precisa ahora que dicha comunicación debe incluir el periodo durante el cual se aplicarán estas medidas (suspensión/reducción de jornada). Además, se ha eliminado la obligación de la autoridad laboral de transmitir la comunicación empresarial al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Hasta ahora, la empresa debía comunicar el inicio del periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores a la autoridad laboral, quien a su vez debía transmitir dicha comunicación al SEPE y solicitar un informe a la Inspección de

---

<sup>480</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de “Flexibilidad” Garantista”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (coords.), Granada, Comares, 2022, págs. 291-317.

<sup>481</sup> FERNÁNDEZ RAMÍREZ, R.: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (coords.), Granada, Comares, 2022, págs. 701-723

Trabajo. A partir de ahora, la autoridad laboral solo deberá solicitar el informe preceptivo de la Inspección, sin necesidad de comunicarlo al SEPE.

El Real Decreto-Ley 32/2021 introduce medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones laborales. Además de modificar el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), también incluye un nuevo artículo, el 47 bis, para establecer el “mecanismo RED”, que busca preservar el empleo mediante la implementación de expedientes temporales. Esta herramienta tiene como objetivo proteger los salarios y el tejido productivo, evitando así situaciones de insolvencia empresarial.

El “mecanismo RED” permite la reducción de jornada laboral o la suspensión de contratos de trabajo, con el propósito de fortalecer el vínculo entre los trabajadores y la empresa. Se establece una fecha precisa o garantías para el regreso a la jornada completa o la restauración del contrato original. Además, se otorgan beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social para las empresas y se protege a los afectados mediante una nueva prestación de sostenibilidad de empleo, que es incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo.

Es importante tener en cuenta que, aunque el artículo 47 bis del ET está en vigor desde el 31 de diciembre de 2021, las empresas no pueden utilizar ni solicitar las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo que ofrece el nuevo mecanismo hasta que sean activadas por el Consejo de Ministros, previa información a las organizaciones más representativas, en caso de que se den las circunstancias adecuadas<sup>482</sup>.

Todos estos cambios se han realizado como manifestación del del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el que el gobierno español propuso la tarea de redactar un nuevo Estatuto del Trabajo del siglo XXI que abordara los desafíos de la revolución tecnológica y las nuevas necesidades y realidades del mercado laboral<sup>483</sup>, puestos de manifiesto con el profundo impacto de la pandemia.

---

<sup>482</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de “Flexibilidad” Garantista”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (coords.), Granada, Comares, 2022, págs. 291-317.

<sup>483</sup> MERCADER UGUINA, J.: “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI. Digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020, pág. 45; MIÑARRO YANINI, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 444, 2020, págs. 5-21.

Para materializar, en parte, este objetivo, al aludido Plan estableció el denominado componente número 23, haciendo un llamamiento al establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición. El Real Decreto-Ley menciona en su parte introductoria que estos instrumentos de flexibilidad interna de carácter temporal son considerados como medidas de adaptación más eficientes y de menor impacto social en comparación con las reducciones de plantilla o el uso de contratación temporal.

Específicamente, el mecanismo RED tiene como objetivo abordar los desequilibrios que intensifican los ciclos económicos y obstaculizan el aumento de la productividad. Estos desequilibrios pueden surgir tanto debido al diseño del sistema productivo como a la falta de formación de los trabajadores<sup>484</sup>.

Es importante tener en cuenta que la implementación de este mecanismo requiere seguir un procedimiento regulado que incluye un período de consultas de acuerdo con el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se trata de un proceso negociador en el que las partes involucradas pueden adaptarse a las dificultades que la empresa pueda enfrentar debido a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP). Este proceso se rige por los requisitos y normas procedimentales establecidos por el legislador y desarrollados en el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo<sup>485</sup>.

El sistema RED ha establecido dos modalidades para su aplicación. En primer lugar, está la modalidad cíclica, que actúa frente a situaciones macroeconómicas generales que requieren adaptación y estabilización. En estas circunstancias, las empresas pueden optar por reducir la jornada laboral o suspender los contratos de trabajo de parte de sus empleados durante un máximo de un año en lugar de despedirlos. Durante este periodo, se aprovecha la suspensión para proporcionar formación a los trabajadores, y una vez que la actividad se recupera, los empleados son reincorporados a sus puestos de trabajo. Se han establecido exoneraciones de Seguridad Social de manera decreciente, del 60% durante los

---

<sup>484</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, Núm.. Extra I (Monográfico), 2022, págs. 183-222.

<sup>485</sup> “El real decreto-ley responde a la necesidad de que las empresas pertenecientes a sectores que han sufrido cambios estructurales y permanentes puedan adoptar medidas de transición y recualificación profesional. De esta manera se impulsa el objetivo de que recurran a la flexibilidad para superar situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes y no lleguen a tomar medidas basadas en el despido de las personas trabajadoras” (<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia.html?folder=/2022/Marzo/&detail=Aprobado-el-procedimiento-para-solicitar-el-Mecanismo-RED-y-la-constitucion-del-Fondo-RED>).

primeros 4 meses, del 30% durante los siguientes 4 meses y del 20% durante los últimos 4 meses. Estas exoneraciones son aplicadas por la Tesorería General de la Seguridad Social a solicitud de la empresa mediante una declaración responsable, y están condicionadas al compromiso de mantener el empleo de los afectados durante los 6 meses posteriores al final del periodo de aplicación.

En segundo lugar, se ha creado la modalidad sectorial, que se activa cuando se observan cambios permanentes en un sector o sectores de actividad que requieren recualificación y procesos de transición profesional para los trabajadores. El objetivo es brindar apoyo al sector o a las empresas en transición y recualificar a los trabajadores para que puedan encontrar un nuevo empleo. Al igual que la modalidad cíclica, la modalidad sectorial puede ser activada por la empresa durante un máximo inicial de un año, con la posibilidad de dos prórrogas de 6 meses cada una. En los planes sectoriales RED, las empresas están obligadas a presentar un plan de recualificación que incluya formación obligatoria para facilitar la reubicación de los trabajadores afectados en otros puestos de trabajo o en otras empresas. Se prevén exoneraciones de Seguridad Social del 40% exclusivamente para aquellas empresas que realicen acciones formativas. Además, los beneficios están condicionados al compromiso de mantener el empleo de los afectados durante los 6 meses siguientes al final del periodo de aplicación.

La financiación de todas las necesidades del sistema RED, incluyendo prestaciones, exoneraciones de cuotas y formación de los trabajadores, se realizará a través del fondo RED, que está adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social. Durante este periodo, los trabajadores percibirán el 70% de su base reguladora.

Las medidas mencionadas solo se aplicarán cuando haya vías que permitan la continuidad de la actividad empresarial; de lo contrario, se garantizará el mantenimiento del empleo. Por lo tanto, en caso de que existan circunstancias externas a la insolvencia, los despidos colectivos serán legítimos. Las empresas deberán demostrar las causas económicas o productivas que posteriormente conducirán a la fase de concurso de acreedores. En otras palabras, no sería posible evitar el compromiso de mantener el empleo en general mediante la solicitud del concurso de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, o mediante el retraso de la solicitud del mismo según lo dispuesto en dicho artículo. Solo existiría respaldo legal para eludir el compromiso de mantener el empleo en caso de declaración posterior de concurso, siempre y cuando el término “riesgo de concurso de acreedores” al que se asocia la posibilidad de no aplicar dicho compromiso sea claramente definido (sentencia del TSJ de la Comunidad de Valencia, de 1 de diciembre de 2020, recurso número 4278/2020 y 22 de marzo de 2021, recurso número 870/2021).

En cualquier caso, las empresas deben acogerse a esta disposición cuando cuenten con la documentación necesaria que demuestre la insolvencia actual o inminente, es decir, cuando quede claro que la empresa no podrá cumplir con sus obligaciones de pago en un corto periodo de tiempo, y siempre y cuando la situación económica derivada de la crisis sanitaria sea el telón de fondo de las medidas a adoptar.

En cuanto al sondeo inicial de nuestra investigación, debemos considerarlo como una etapa temprana, pero podemos ofrecer algunas aproximaciones sobre el tema objeto de análisis. Se ha seguido una metodología que consiste en buscar el término (o similares) en el propio convenio colectivo: ¿incluye o no el mecanismo? Y, en caso afirmativo, ¿se trata de un tratamiento superficial o detallado? Nuestro objetivo principal ha sido detectar si estos convenios colectivos contienen cláusulas relacionadas con el uso del Mecanismo RED y los avances realizados mediante la introducción de cláusulas específicas en esta área.

Hasta ahora, en los primeros convenios estudiados, no se contempla el mecanismo ni de forma directa ni indirecta en la base de datos proporcionada. Esto se debe a que las fechas de publicación de los convenios en la base de datos son anteriores a la reforma laboral, es decir, anteriores a 2021, cuando ni siquiera existía este mecanismo.

Por lo tanto, no podemos establecer conclusiones definitivas en esta etapa, ya que es necesario analizar en profundidad el Mecanismo RED en los contenidos de los convenios colectivos más recientes.

### **C.10.3. El impacto de los acuerdos de negociación colectiva**

A este tenor, desde 1997<sup>486</sup>, vienen firmándose en España diversos Acuerdos para la Negociación Colectiva, como una parte fundamental de las relaciones laborales. Estos acuerdos, alcanzados entre los representantes de los trabajadores y los empleadores, tienen como objetivo establecer las condiciones de trabajo, los salarios y otros aspectos laborales de manera colectiva y consensuada.

Han sido reconocidos legalmente y han evolucionado a lo largo del tiempo, adaptándose a los cambios en el entorno laboral y las necesidades de los trabajadores y las empresas. En este sentido, han surgido distintas reformas y actualizaciones para fortalecer y modernizar el sistema de negociación colectiva en España.

---

<sup>486</sup> Vid. BOE, núm. 135, 6/07/1997.

Hay que tener presente que el análisis de convenio se hace cuando todavía estaba en vigor el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que se extendía desde 2018 hasta 2020 y prorrogaba en su mayoría el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva -en los términos ya estudiados en epígrafes anteriores-. Estos acuerdos no contenían disposiciones relacionadas con los ERTE o el Mecanismo RED.

En el momento presente, ya contamos con un nuevo acuerdo: la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>487</sup>, con fecha de publicación el 31 de mayo de 2023.

Así, cuenta con la presencia de un “Capítulo IX”, sobre los instrumentos de flexibilidad interna. Así, en el apartado cuatro, encontramos la referencia a los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– y Mecanismo RED.

En este apartado se evidencia que, durante la pandemia, existió la necesidad de contar con mecanismos que permitan a las empresas realizar ajustes para adaptarse a nuevos escenarios, al mismo tiempo que se preserva el empleo. En este sentido, el V Acuerdo para la Negociación Colectiva plantea que los convenios colectivos deben:

1. Potenciar los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) como una medida de flexibilidad interna para hacer frente a situaciones coyunturales y facilitar la adaptación de las empresas, permitiendo así el mantenimiento del empleo.
2. Desarrollar los objetivos y criterios para la implementación de los ERTE, estableciendo directrices claras sobre su utilización y aplicación.
3. Priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a la suspensión de contratos, buscando alternativas que permitan ajustar la carga laboral sin prescindir completamente de los trabajadores.
4. Garantizar la transparencia en la transmisión de información, proporcionando a la representación de los trabajadores datos oportunos, suficientes y adecuados sobre la situación de la empresa y las decisiones que se tomen.
5. Proponer contenidos formativos que puedan desarrollarse en caso de activación del Mecanismo de Regulación de Empleo a través de la Distribución (Mecanismo RED) o de los ERTE, con el fin de fomentar la formación y recualificación de los trabajadores afectados.

---

<sup>487</sup> BOE, núm. 129, de 31 de mayo de 2023.

Además, los firmantes del Acuerdo hacen hincapié en que la activación del Mecanismo RED a nivel sectorial requiere una solicitud por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo, se subraya la importancia de considerar la situación particular de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) y el impacto que los procesos de reestructuración empresarial tienen en los territorios, dado su efecto en la sociedad, la economía y el empleo.

## D.

### ELEMENTOS CLAVES DE FLEXIBILIDAD INTERNA: LA CONFIGURACIÓN FLEXIBLE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CONSTANTE REFORMA. UNA HISTORIA LLEVA DE ALTIBAJOS: EL PAPEL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS. LA ARTICULACIÓN GENERAL O LAS REGLAS DE CONCURRENCIA EN UN PROCESO DE REFORMAS

#### D.1. EL SISTEMA DE ARTICULACIÓN GENERAL COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA\*

En los términos que ya se han adelantado, la flexibilidad interna se enfoca desde el doble parámetro de la articulación específica por materias (relaciones ley-convenio en diferentes preceptos del ET) y la articulación general, identificando a ésta como la referida a las reglas de articulación y concurrencia del Título III ET (regla general del art. 84.1 ET y sus excepciones). Siendo éstas dos vías las principales para desarrollar aquella flexibilidad, nos detenemos brevemente en la última de ellas.

Siguiendo esta línea, puede afirmarse que esta última reforma laboral de 2021, aborda tanto a una como a otra, si bien, es especialmente significativa la que se vincula a la articulación general, por haber sido ésta la que ha supuesto un cambio real y significativo de la negociación colectiva. Precisamente, el debate sobre la ordenación definitiva del Título III ET, ha sido uno de los caballos de batalla que más ha dificultado llegar a un acuerdo en el seno del diálogo social, por la disparidad de planteamientos y enfoques de los agentes sociales respecto a esta parte esencial de nuestra normativa laboral. Y es que el diseño de los elementos configuradores del Sistema respecto a la fuente de mayor importancia

---

\* Apartado realizado por Francisco VILA TIerno de la *Universidad de Málaga*.

funcional de nuestra disciplina, la negociación colectiva, -y, por tanto, la concreción de su estructura y la forma en que los diferentes instrumentos negociales se relacionan entre sí- representa no solo la configuración de un modelo de aquella, sino una auténtica forma de entender el conjunto de nuestro ordenamiento laboral.

En esta misma línea el V AENC es muy ilustrativo al señalar, de manera expresa que “La negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social.

Con esa visión, las Confederaciones firmantes de este Acuerdo tenemos el firme propósito de impulsar la negociación colectiva, fomentando la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes”.

Va, por tanto, al mismo corazón de la flexibilidad interna en el marco de la articulación general, estableciendo las premisas esenciales para la negociación colectiva, en cuanto a su estructura, entendiendo que ésta es el instrumento adecuado para la adaptación a las necesidades empresariales y la fijación de las condiciones laborales. Por ello, hay una llamada a la potenciación de la ordenación convencional, mediante un “ensanche” de las unidades de negociación (ampliación o creación).

En esta línea, como decíamos, al amparo de la última reforma laboral, se ha diseñado un sistema de articulación general que descansa, esencialmente sobre los elementos que a continuación se enumeran brevemente (instrumentos que tendrán su particular desarrollo posterior).

En primer lugar, el referido programa reformista planteaba una nueva redacción del art. 86.3 ET respecto a la denominada ultraactividad del convenio colectivo. Una regulación que pretende ser completada por el V AENC, si bien, de manera solo parcial. En este sentido, se alude a la necesidad de preservar la vigencia de los convenios y el desbloqueo de las negociaciones mediante instrumentos que ya contempla la propia ley:

“Impulsar la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador que estimulen la intensificación de las negociaciones hasta el cierre de las mismas.

Promover el recurso a los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales...”

En segundo lugar, con la actual reforma se planteaba la derogación del anterior art. 84.2 ET<sup>1</sup> y, con ello, la supresión de la prioridad aplicativa otorgada a los convenios de empresa sobre los sectoriales. Sin embargo, la reforma final ha quedado en la eliminación de la prevalencia de la materia salarial, suprimiendo, por tanto, la principal fuente de actuación de la negociación colectiva a nivel de empresa como excepción frente a la sectorial. En cualquier caso, no se ha generalizado la fijación de un nivel mínimo salarial en el sector, en tanto que si el convenio colectivo de empresa es anterior en el tiempo se seguirá aplicando -incluso con una cuantía inferior- por la aplicación de la regla general del art. 84.1 ET. Sin embargo, este cambio puntual, va a tener una enorme trascendencia, hasta el punto de *“Fortalecer la negociación colectiva sectorial como instrumento de gestión de la política salarial, favorecedora de un cambio de la especialización productiva menos centrada en un uso intensivo de trabajos descualificados y poco remunerados. La clave de la preferencia del convenio empresarial, que facilitaba en las microempresas la devaluación salarial, viene corregida con el simple expediente de eliminar dicha preferencia respecto de la cuantía de la retribución. Ello va a permitir un papel protagonista a los convenios sectoriales, esperemos sobre todo de los estatales, de modo que los mismos marquen la evolución general de los salarios de modo homogéneo, conjurando los riesgos de prácticas de competencia desleal en costes salariales y modelos basados en la baja productividad y escasa innovación tecnológica. La recuperación de la ultraactividad del convenio puede coadyuvar a este resultado”*<sup>2</sup>. O dicho de otro modo *“rompe(r) la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad)”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior” (respecto a una serie de materias).

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Una reforma estructural con futuro”, Diario El País, 29 de diciembre de 2021, <https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html>.

<sup>3</sup> BELTRAN DE HEREDIA, I.: “La nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contrata y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/> Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZ CASTILLO, F. (coords.), Murcia, Laborum, 2022, págs. 259-372, espec., págs. 259 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024, espec., págs. 277 y sigs.

Por otra parte, no existe modificación alguna respecto a la regulación del art. 82.3 ET -el denominado descuelgue convencional-, aunque se planteó suprimir la facultad de eliminar este precepto. En cualquier caso, ha sido un recurso muy habitual en los textos convencionales<sup>4</sup>.

Por último, pero no menos importante, merecen ser nombradas dos cuestiones indirectamente influyentes en la negociación colectiva. De un lado, la modificación del art. 42.6 ET con la intención de evitar fenómenos como los sufridos por las camareras de pisos subcontratadas en el sector hotelero o más popularmente conocidas como las “Kellys”. Y, es que, lamentablemente, a este colectivo con anterioridad a la legislación de 2021, se le venía aplicando un convenio distinto al de la empresa en la que se prestaban sus servicios, generalmente con cuantías salariales reducidas. Cuestión que algunos pronunciamientos judiciales habían esquivado estableciendo la equiparación salarial –v.gr. Sala de lo Social del TSJA/Málaga<sup>5</sup>, con doctrina ahora rectificad-. Importante es la determinación del convenio aplicable a los procesos de subcontratación empresarial. El art.42.6 del ET establece por primera una regulación sobre el convenio colectivo aplicaba en tales supuestos de descentralización productiva y funcional a las empresas contratistas y subcontratistas, indicando que al respecto que: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a los dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84” del ET<sup>6</sup>. La reforma

---

<sup>4</sup> Sean de sector o de empresa, con mayor frecuencia antes de la última reforma laboral. V.gr. Convenio Colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 10); Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021 (DA 5<sup>a</sup>); Convenio colectivo de la industria del calzado (art. 5); Convenio Colectivo del Sector Almacenistas de Alimentación de Navarra (art. 5); Convenio Colectivo de la empresa Faes Farma S.A. (art. 40); Convenio Colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, S.A. (art. 6); Convenio colectivo: Marbella Club Hotel, Sociedad Anónima (art. 47).

<sup>5</sup> *Id.*, sobre esta cuestión: MARCOS RAMOS, J.M. y VILA TIerno, F.: “¿Constituye el artículo 42 ET una excepción a las reglas de concurrencia de convenios colectivos? (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, núm. 48, 2018 (on line), pág.6.

<sup>6</sup> Sobre su sentido y alcance, reordenando las reglas preferenciales conforme a un criterio técnico jurídico y en una interpretación finalista, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZ CASTILLO, F. (coords.), Murcia, Laborum, 2022, págs. 259-372, espec., págs. 259 y sigs., y 318 y sigs. (“Estudio de conjunto del tratamiento normativo de la subcontratación tras la reforma laboral de 2021. Referencia especial a las nuevas reglas relativas al convenio colectivo aplicable”).

tiene importancia para la *verificación de la fuente convencional* llamada a regular efectivamente los mecanismos o instrumentos de flexibilidad interna en las empresas contratistas y subcontratistas.

De otro lado, resulta notoria la declaración de intenciones recogida en el programa del gobierno de coalición: “Limitaremos la capacidad de modificación unilateral de las condiciones del contrato por parte de la empresa”, cuya representación práctica quedó comprendida en el art. 41 ET, expresamente su apartado 1.5.2 cuando expresa su afán por “Recuperar los derechos laborales en los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, revisando las causas y el procedimiento, garantizando su reversibilidad y su carácter negociado”. No obstante, tampoco ha sido objeto de modificación en esta última reforma negociada.

En síntesis, desde el año 2011 se han introducido importantes cambios respecto a la negociación colectiva como instrumentos de flexibilidad, que han tenido como resultado el actual sistema de articulación general. Lo importante es determinar cómo, a la luz de este diseño, se ha desarrollado las cláusulas convencionales objeto de análisis en los subsiguientes epígrafes.

## D.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS COLECTIVOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES: LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR\*

Como avanzamos la norma legal establece diferentes sujetos legitimados para negociar.

En principio como estas negociaciones se desarrollan en general en el ámbito de la empresa o como más amplio en el ámbito del grupo de empresas o del conjunto de empresas vinculadas, del lado empresarial la legitimación inicialmente la ostenta siempre el empresario o el conjunto de empresarios implicados en la negociación.

Es la solución que se adopta en todas las decisiones sobre flexibilidad tanto interna como de salida - en la de entrada es obvio pues es el empresario el que contrata-; así puede verse, paradigmáticamente en los arts. 40, 41, 47, 47bis, 51, 82.3 y 84.2 -por remisión a las reglas del art. 87.3. a) y b)- del ET.

No parece pues que la cuestión desde la perspectiva de la legitimación empresarial presente especiales problemas ni haya sido objeto de especial atención en la negociación colectiva.

---

\* Apartado realizado por la *Catedrática de la Universidad de Valencia* Gemma FABREGAT MONFORT.

Por el contrario, mayor complejidad presenta la regulación de la legitimación en representación de las personas trabajadoras, y ello por dos cuestiones esenciales: la legitimación negocial dual pero no acumulativa sino alternativa de los representantes unitarios o sindicales; y en segundo lugar por la necesidad de establecer algún mecanismo de representación de la parte trabajadora en las empresas sin representantes de la plantilla.

A ello se unen otras cuestiones que hacen aún más compleja la situación, especialmente por la existencia de empresas con varios centros y representaciones constituidas a nivel de centro, lo que da lugar a tres problemas esenciales: la posible inexistencia de un comité intercentros con capacidad negocial en toda la empresa; la necesidad de correspondencia entre el ámbito de la negociación y la representación de tal modo que los representantes de un centro no pueden negociar – en principio – en el ámbito de toda la empresa; y en tercer lugar la posibilidad de que existan representantes en unos centros pero no en otros.

Se une a ello el problema que trataremos en el apartado relativo a la impugnación judicial que deriva del hecho que la legitimación para impugnar el posible acuerdo es más amplia que la legitimación negocial, pues puede bastar una simple implantación por lo que una organización sindical que no ha negociado ni tiene capacidad para ello, sí puede, por el contrario impugnar el posible acuerdo, lo que conduce en ciertas ocasiones a impugnaciones más centradas en una batalla sindical que en el interés por lo que realmente se impugnaba.

Cabe cuestionarse, ahora, como se ha resuelto el problema de la legitimación en representación de las personas trabajadoras. Pues bien, la norma legal no ha optado por una solución unitaria sino que diferencia entre, inicialmente, dos posibles situaciones:

#### 1ª) Convenio de empresa

La negociación de un convenio concurrente en el ámbito de empresa queda reservada a los sujetos previstos en el art. 87.1 ET. Es, además, una regulación imperativa por lo que poco papel tiene la negociación colectiva al respecto, más allá de la decisión sobre existencia de un comité intercentros con legitimación negocial.

Ello plantea tres posibles situaciones secundarias dentro de esta situación principal:

a) Negociación en empresas con un solo centro de trabajo: la legitimación corresponde al comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las

secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité, que además tendrán la preferencia negociadora pues la norma regula que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de persona.

b) Negociación en empresas con varios centros de trabajo: si existe comité intercentros con legitimación negociadora, creado conforme al art. 63.3 ET, la legitimación le corresponderá a él o en los mismos términos que en el supuesto anterior y con la misma preferencia a las secciones sindicales si están constituidas en el ámbito de la empresa, decisión sobre el ámbito que, como se sabe, corresponde en principio a los propios sindicatos.

Si no existe comité intercentros pero todos los centros cuentan con representantes la legitimación corresponde a todos ellos proporcionalmente a su representatividad o a las secciones sindicales, en los términos ya expuestos.

Por el contrario, si no existe comité intercentros y algunos centros no cuentan con representantes solo cabría, en su caso, defender una posible legitimación de las secciones sindicales constituidas en el ámbito de empresa, pero en caso contrario no cabe negociar convenios de empresa, sin perjuicio, claro es, de que si podrán negociarse convenios de centro, pero entonces según las soluciones judiciales que ya se analizaron sin prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial.

c) Negociación en grupos de empresas o conjuntos de empresas vinculadas, en cuyo caso la legitimación es estrictamente sindical estando reservada a los mismos sindicatos que están capacitados para una negociación sectorial (ar. 87.2 ET), pero como es claro, midiéndose su representatividad en el ámbito concreto afectado por cada negociación.

La aplicación en todos estos casos de las reglas de legitimación negociadora hace que haya que remitirse a las soluciones consolidadas en torno a las mismas y en especial, entre otras, cabe recordar las siguientes que no desarrollamos por ser sobradamente conocidas y en aras a la brevedad: 1) la imposibilidad de negociar con representaciones o estructuras diferentes de las legitimadas, por lo que si estas no existen esta negociación es imposible; 2) la imposibilidad de omitir en la negociación a cualquier sindicato legitimado; 3) la composición de la comisión negociadora en proporción, en su caso, a la representatividad y el voto en la misma igualmente proporcional a esa representatividad; 4) la imposibilidad de que si la legitimación es sindical participen en la negociación las representaciones de las personas trabajadoras no afiliadas.

## 2ª) Otras negociaciones

En las restantes negociaciones sobre flexibilidad que prevén periodos de consulta existe en general una remisión en cuanto a los sujetos legitimados en representación de las personas trabajadoras a las reglas del art. 41.4 ET. Esa remisión puede verse en los arts. 40.2, 47.3, 47 bis.3 -que se remite al art., 47.3, 51.2 y 82.3 ET, rige pues en movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, ciertas suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos y procedimientos de inaplicación de convenios colectivos.

Las reglas en materia de sujetos legitimados son, pues, siempre las mismas y, analizando las establecidas en el citado art.41.4 ET, se aprecia que desde su modificación por el RDL 11/2013, se prevé una fase previa al período de consultas para designar los interlocutores ante el empresario y se contemplan las siguientes posibilidades:

1) Si la empresa cuenta con representantes de los trabajadores, la preferencia en la negociación la tienen las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden y representen a la mayoría de los miembros de la representación unitaria. En este caso esta solución se aplica indistintamente de que la medida afecte a un único centro de trabajo o a varios y las secciones sindicales, si ostentan la representatividad indicada, representan a todos los trabajadores afectados. La duda que queda es si estas secciones pueden actuar aunque en un centro no existan representantes electivos, pero la solución parece ser afirmativa siempre que esas secciones estén constituidas en el ámbito de la empresa, tal como ya avanzamos, señalando la propia norma que cuando negocien las secciones sindicales representan a todas las personas trabajadoras de la empresa, ratificando así, aparentemente lo que venimos indicando. La opción de las secciones sindicales por negociar ellas se efectúa en el plazo que da la norma para elegir la comisión negociadora, debiendo designar las citadas secciones un máximo de trece miembros, sin que el empresario pueda negarse a negociar con ellas si han efectuado la indicada opción.

2) Si no se ha optado por lo anterior, esto es por la negociación a través de las secciones sindicales, la norma diferencia en atención a que la medida afecte a un único centro de trabajo o a más de uno.

a) Si la medida afecta a un único centro de trabajo, la legitimación corresponde al comité de empresa o delegados de personal.

Si el centro no cuenta con representantes se admite la solución alternativa que contempla el artículo 41.4 ET. Por tanto cabe designar una comisión de has-

ta tres de los propios trabajadores afectados o delegar en una comisión, también de hasta tres personas, designadas por los sindicatos más representativos y representativos en el ámbito del convenio del sector aplicable en la empresa – esto es, del que se quiere producir la modificación o inaplicación de sus condiciones, cuando la misma afecte a un convenio sectorial -.

Debe valorarse que ello puede conducir a que una comisión de unos “portavoces” designados específicamente y no sindicalizados pueda inaplicar un convenio sectorial, que en nuestro ordenamiento estará firmado siempre por organizaciones sindicales, lo que suscita dudas acerca de una posible lesión del derecho de libertad sindical.

Cuando no existan representantes, la empresa debe comunicar a los trabajadores la posibilidad de que elijan esa comisión, lo que debe hacer en la comunicación previa a la apertura del periodo de consultas a que ya se hizo referencia, que precisamente tiene el sentido de instar a los trabajadores a designar la comisión que les represente, constituyendo esto, como ya se había interpretado con anterioridad, una carga para la misma<sup>7</sup> y estos deben proceder a la elección democrática de la misma, siendo importante que se documente su elección pues de no acreditarse una elección democrática puede anularse todo el procedimiento de inaplicación<sup>8</sup> y, en consecuencia, el posible acuerdo alcanzado.

Por otro lado, si los trabajadores optan por designar una comisión compuesta por representantes de los sindicatos representativos, el empresario podrá delegar su representación en la organización empresarial en que estuviera integrado, pudiendo ser más representativa a nivel autonómico y con independencia de que esa organización tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) En los casos en los que una empresa cuenta con centros con representantes de los trabajadores y otros sin ellos, tras la reforma introducida por el RDL 11/2013 existen diferentes soluciones:

- En primer lugar, se atribuye la legitimación al comité intercentros si existe y en el convenio colectivo en el que se acordase su constitución se le hubiese atribuido esta capacidad de intervención. En nuestra interpretación, al respecto podría valer una atribución genérica de la capacidad de negociar con la empresa en los aspectos laborales. El comité intercentros representará en este caso a todos los trabajadores afectados, incluidos los de los centros que no cuenten con representantes.

---

<sup>7</sup> SAN 19 de diciembre 2012, Proc. 251 a 253/2012, TOL 3.239.637.

<sup>8</sup> SAN 18 de junio 2012, Proc. 70/2012, TOL 2.543.374.

- En defecto de lo anterior, si todos los centros afectados – se recuerda que sólo las representaciones de los centros afectados participarán en este caso en la negociación – cuentan con representantes de los trabajadores, éstos serán los legitimados para negociar durante el periodo de consultas, pero si son más de trece deben elegir de entre ellos un máximo de trece, aplicándose reglas de proporcionalidad en relación a los trabajadores afectados, es decir, si un centro cuenta con la mitad de los trabajadores, los representantes de ese centro elegirán a la mitad de la comisión negociadora.

- Si en algunos de los centros afectados existen representantes unitarios (comités de empresa o delegados de personal) pero en otros no, antes del RDL 11/2013, se había admitido ya la composición de una comisión mixta, negociando por los centros con representantes éstos y por los que no tienen, comisiones elegidas “*ad hoc*”, pero sujeta esa admisión a que el voto sea proporcional a la representatividad que cada representación ostenta<sup>9</sup>, pues no cabe reconocer la misma importancia al voto de representantes de centros pequeños que al de quienes representan a centros con más trabajadores. Ahora la solución jurisprudencial se matiza, pues en principio la comisión se constituye únicamente por los representantes existentes en los centros que cuentan con ellos, salvo que en alguno de los centros sin representantes se acuerde acudir a crear la comisión de hasta tres representantes a que se ha hecho mención.

En ese caso ha de constituirse una comisión mixta, con un máximo de trece miembros elegidos en proporción a los trabajadores que representan por los representantes unitarios que existan y por los integrantes de las comisiones elegidas “*ad hoc*” en los centros en los que lo hayan hecho. Se entiende, además, que los representantes legales que existan en alguno o algunos de los centros afectados representan también a todos los trabajadores de los centros afectados que no cuenten con dichos representantes y que tampoco opten por elegir una comisión “*ad hoc*” que les represente en este periodo.

Puede verse, pues, que en ningún caso se obliga a elegir esas comisiones “*ad hoc*” y que salvo opción expresa en contrario, los representantes que existan representan a todos los trabajadores, incluso a los de los centros sin representantes.

En todo caso se insiste en la necesidad de que el empleador haga la comunicación previa, dando plazo para la designación de representantes lo que constituye para él una carga legal que necesariamente debe cumplir.

---

<sup>9</sup> SAN 4 de octubre 2012, Proc. 160/2012, TOL 3.013.115.

- Si en ninguno de los centros afectados existen representantes legales de los trabajadores, en cada uno de ellos se pueden elegir comisiones “*ad hoc*” de hasta tres personas, en los términos que ya se han analizado. La comisión que negocie durante el período de consultas con el empresario se elige por los integrantes de las comisiones “*ad hoc*” elegidas en cada centro afectado, lógicamente en los que lo hayan hecho, pues si alguno no efectúa esa designación, aunque la norma no aclara lo que ocurre, por analogía con lo establecido en las comisiones mixtas, habrá que entender que delegan su representación en la comisión que compongan los representantes *ad hoc* elegidos en los restantes centros, composición que, al igual que en los supuestos anteriores, debe respetar la proporcionalidad representativa de cada persona en atención a los trabajadores del centro que le eligió – se supone que cada persona ostenta un voto en atención al número de trabajadores de su centro, dividido por los representantes elegidos en dicho centro -, y que conduce a que la comisión que finalmente negocie con el empleador no supere el máximo de trece personas.

Puede verse así que, al menos en algunos casos, el proceso de constitución de la representación de los trabajadores puede ser complejo y dar lugar a problemas e incluso impugnaciones de la propia composición de la comisión representativa.

Pese a ello aparentemente la negociación colectiva tiene poca capacidad de actuar en la materia, pues el régimen parece altamente imperativo, salvo que en los convenios se opte por un procedimiento de consultas distinto al amparo de la habilitación que le concede el inicio del apartado 4 del art. 41 ET, habilitación prácticamente no utilizada y desde luego no ha sido habitual que la negociación haya prestado demasiada atención a esta cuestión y ello pese a los problemas y críticas que ha suscitado el funcionamiento de las comisiones “*ad hoc*” – a las que ya hicimos referencia - y la amplitud de los supuestos en los que pueden actuar, pese a lo que tampoco en la reforma laboral de 2021 se ha modificado la existencia y régimen de estas comisiones “*ad hoc*”, que tienen capacidad negociadora en importantes aspectos, en concreto en: movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica – arts. 40 y 41 ET-, medidas de regulación de empleo - arts. 47, 47 bis y 51 ET -, y en la inaplicación de convenios en empresas sin representantes de las personas trabajadoras – 82.3 ET -

La explicación está seguramente en la búsqueda del consenso, pero estas comisiones han tenido en no pocos casos un funcionamiento cuestionable. Puede encontrarse también una explicación adicional a la que hicimos referencia ya, derivada de las dudas sobre posibles alternativas a las mismas, sobre todo por la escasa confianza de que las organizaciones sindicales fuesen capaces de sustituir a esas comisiones en todas las empresas, como parece haberse puesto

en evidencia con las medidas de regulación de empleo derivadas de la pandemia y se está evidenciando también en la negociación de los planes de igualdad, que está produciendo un cierto desbordamiento de la actuación sindical, sin que por otro lado, esa medida esté conllevando un especial reforzamiento de la presencia sindical en muchas empresas. La conjugación de ambos factores, obtención del consenso y escasa confianza en la eficacia real y en la utilidad de posibles alternativas, es lo que posiblemente haya llevado a mantener el régimen jurídico de esas comisiones *ad hoc*.

En cuanto a lo que hemos encontrado en la negociación colectiva en esta materia, la muestra de convenios utilizada revela una muy escasa actuación al respecto, en realidad la negociación colectiva ignora en general la legitimación negociadora en los convenios, salvo para determinar la existencia de un comité intercentros aunque solo en algunos casos, generalmente en convenios de algunas grandes empresas, aunque en otras se opta por la negociación en diferenciada en cada uno de sus centros, como se puede comprobar analizando los ámbitos de los convenios.

En los casos en los que se crea el comité intercentros lo normal es atribuirle funciones negociales, bien en general, bien matizando que ello es en las materias que afectan a más de un centro<sup>10</sup>, pero no siempre ocurre así<sup>11</sup>; cuando esto no ocurre cabe pensar en un olvido de las partes que tiene consecuencias pues como se sabe este comité solo tiene las funciones que convencionalmente se le atribuyen, si no se trata de un olvido, solo cabe entender que en ese caso, las partes conciben al comité intercentros, como un órgano de información y consulta pero no de negociación.

También influye indirectamente en materia de partes legitimadas la regulación que hacen algunos convenios, ciertamente una minoría, en el sentido de atribuir un crédito de horas adicional para los trabajadores que participen en la negociación del convenio colectivo, lo que hemos encontrado bajo muy diversas regulaciones; en algún caso se atribuye un número concreto de horas, pero en otros se indica que esas horas, sin límite, no computan en el crédito horario que como representantes les corresponda o directamente se califican esas horas

---

<sup>10</sup> Un ejemplo de atribución de funciones de negociación en el convenio de Ilunió Outsourcing S.A., BOE 15-10-2021, Art. 24 en el que se reconoce específicamente para intervenir en las consultas sobre modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo. Atribución de capacidad negociadora cuando el tema afecta a más de un centro se produce, por ejemplo, en el XXI Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora S Unipersonal, 2018-2021, BOE 2-7-2020, Art. 14, o cuando afecta al conjunto de trabajadores de la empresa en el Convenio de Retevisión I, SAU, 2018-2020, BOE 1-5-2019, Art. 67.

<sup>11</sup> Un ejemplo claro al respecto es el Convenio del diario ABC S.L., 2020-2022, BOE 27-2-2020, que en su Art. 71 atribuye diferentes funciones informativas y de consulta al comité intercentros pero omite cualquier atribución general de capacidad negociadora.

como de permisos<sup>12</sup>. Es una manera de facilitar la actuación de los sujetos legitimados en representación de la parte social, aunque propiamente no influya en quienes sean estos.

En cuanto a partes legitimadas para los periodos de consulta en los despidos colectivos y en la suspensiones de contratos por los mismos motivos, no se encuentra regulación alguna en la muestra realizada, es más, es que en general es una materia que, no solo en cuanto a partes legitimadas, sino en todo lo referente a ella, prácticamente no encuentra reflejo en la negociación, al menos en la muestra analizada, posiblemente por entender las partes que la regulación legal es muy imperativa, o por considerarla suficiente, o por la dificultad de llegar a acuerdos en la materia, lo cierto es que es una cuestión casi inexistente en general en los convenios analizados.

Lo más importante que hemos encontrado es el reconocimiento del derecho a que, si la mayoría de la representación de los trabajadores lo solicita, acuda a las reuniones del periodo de consulta un asesor sindical con voz pero sin voto<sup>13</sup> o, lo que si resulta más interesante, el sometimiento de la totalidad de desacuerdos en periodos de consulta, incluidos los relativos a esta materia a un procedimiento específico de solución basado en la mediación obligatoria y el arbitraje voluntario<sup>14</sup>, o, aún más, la exigencia de que la interlocución se desarrolle con las secciones sindicales y las medidas se adopten solo por acuerdo<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Un ejemplo en este sentido en el Convenio de la empresa Pirotecnia Ricardo Caballer S.A., 2020-2024, BOP Valencia 5-3-2020, Art. 24, ampliando a estas personas el crédito horario, en 28 horas durante los dos últimos meses de vigencia del convenio y el tiempo restante que duren las negociaciones del nuevo convenio. Lo amplía, en general, por todo el tiempo necesario, el Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2023-2025., Art. 13.1.2. Como permiso califica esa ampliación de horas, por ejemplo, el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, 2021.2023, BOE 25-2-2021, Art. 71. Lo mismo el Convenio Colectivo del sector de la Industria de la Alimentación (BOP Almería 31/01/2024), Art. 53, pero limitando el permiso a un trabajador por empresa. Directamente señala que no computan en el crédito horario, por ejemplo, el Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial «BOE» núm. 131, de 2 de junio de 2022, Art. 42.

<sup>13</sup> Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Málaga 2018-2022, BOP Málaga 23-8-2018, Art. 27.

<sup>14</sup> Convenio colectivo nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE 26/01/2023, que en sus Arts. 85 a 94 diseña un procedimiento específico de solución de conflictos, al amparo del ASEC estatal, y basado en el arbitraje voluntario, aplicable (art. 87.d) a los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>15</sup> Convenio Marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE 2-10-2019, que establece la existencia de secciones sindicales, regionales y estatal, y obliga a que los periodos de consulta y negociaciones se desarrollen con ellas. e incluso supedita las medidas a la existencia de acuerdo, Arts. 8.1.d. y 24, citando expresamente las consultas en materia de despidos colectivos y suspensiones por las mismas causas.

Algo similar cabe decir en cuanto a la regulación de las partes legitimadas en lo relativo a los periodos de consulta en materia de movilidad geográfica; los convenios, prácticamente, no regulan nada al respecto, por ello es más extraño en este caso, pues la movilidad geográfica es una materia que se regula con bastante frecuencia en los convenios, aludiendo a sus causas, concretando el concepto, regulando sus consecuencias (gastos, indemnizaciones, dietas...) etc., pero no los aspectos procedimentales de los posibles periodos de consulta y, por tanto, tampoco las partes legitimadas, posiblemente por las mismas razones que se han expuesto antes, salvo en algún caso aislado en el que se someten todos los desacuerdos en materia de periodos de consulta a los sistemas de solución extrajudicial, especialmente a la mediación<sup>16</sup>.

Por el contrario, sí que es más frecuente encontrar regulación en cuanto a los aspectos procedimentales relativos a la inaplicación del propio convenio colectivo y, en ese marco, alguna regulación que afecta a las partes legitimadas, aunque escasamente innovadora sobre las previsiones legales, y que se extiende, no en general, pero sí en ciertos casos a los periodos de consulta en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En este sentido, lo más normal, además de reiterar la competencia de la comisión paritaria del convenio en materia de inaplicación de convenios, lo que es bastante común, lo que más aparece es la remisión al cauce legal de inaplicación de convenios, sin alterar para nada las disposiciones legales; ello, lógicamente, ocurre de forma tácita en los convenios que nada regulan al respecto, pero también se produce de forma expresa en muchos casos y bajo diversas fórmulas; de estas, la mejor y más clara es la que se limita a señalar que en la materia se

---

<sup>16</sup> Citando expresamente a los traslados así lo hace, por ejemplo, el Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Málaga 2018-2022, BOP Málaga 23-8-2018 (con vigencia ampliada hasta 31/12/2027, *Vid.* BOP Málaga 2-2-2024), Art. 15 y más general, como se dijo el, Convenio colectivo nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines, resolución de 16 de enero de 2023 que en sus Arts. 85 a 94 diseña un procedimiento específico de solución de conflictos, aplicable (art. 87.d) a los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

estará a lo legalmente dispuesto<sup>17</sup>, lo que es claro y, aunque sea innecesario al menos no introduce confusión; más discutible es la fórmula que utilizan bastantes convenios de repetir la regulación legal, bien totalmente o bien solo en una parte, cuando no se altera nada ello es innecesario, e incluso puede conducir a confusiones si se produce un cambio legal apareciendo contradicciones entre la regulación de origen – que sería la recogida en el convenio – y la hipotética nueva regulación que se contemple legalmente, sin que se sepa si los negociadores pretendían congelar la regulación ante cambios legislativos o no y, en su caso hasta qué punto sería legal y por tanto admisible, mantener lo dispuesto en el convenio sin aplicar los posibles cambios legales. Más confusión aún, introducen los convenios que establecen su propio texto cuando, una vez analizado,

---

<sup>17</sup> Es la regulación que adopta tanto en materia de modificaciones sustanciales como en la inaplicación del propio convenio, el Convenio colectivo de transporte de viajeros por carretera de la provincia de Toledo para los años 2023-2024-2025, BOP Toledo 25-8-2023, Arts. 52, 62 y 63 y en sentido similar el Convenio de Marbella Club Hotel S.A., 2022-2026, BOP Málaga 7-11-2022, art. 47, o, entre otros, en relación especialmente a la inaplicación el Convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes, (BOE 28-12-2022, en la disposición adicional 3, el Convenio marco estatal para las empresas organizadora del juego del Bingo, 2022-2024, BOE 10-10-202, Disposición Adicional 4ª, o el Convenio de Mayoristas de Alimentación del Principado de Asturias 2021-2024, BO Asturias de 22-11-2022, en su Art. 22, el de la empresa FAES Farma S.A. 2020, BO Bizkaia 2-6-2020, Art. 40, el de Cruz Roja Española provincia de Soria, 2019-2021, BOP Soria 17-7-2019, Art. 17, el de la empresa Korr Bremse Pamplona S.L., 2022-2025, BO Navarra 8-3-2022, Art. 40, o el Convenio estatal de Mapfre Grupo Asegurador, BOE 12-9-2022, Art. 47, aunque con algún reproducción o añadido pequeño que no cambia nada., el Convenio colectivo de comercio de metal de Cantabria 2020-2025, BO Cantabria 11-11-2022, en una cláusula no numerada situada al final del convenio, o como algunos ejemplos más, el Convenio Colectivo para el sector del Comercio Textil de Cantabria, 2021-2024, BO Cantabria 9-11-2022, Art. 25, Grupo Generali España 2022-2025, BOE 18-11-2022, Art. 5, y Escuela Superior de Diseño de Valladolid, BOP Valladolid 4-11-2022, en una cláusula que denomina de aplicación subsidiaria A. Entre los sectoriales, además de los ya citados, existen otros muchos ejemplos, como el Convenio para el sector de actividades forestales 2018-2021, BOE 11-7-2019, Art.46. o el Convenio del sector de las industrias del frío industrial 2017-2022, BOE 10-10-2018, Art. 7, o el de Comercio Textil de Badajoz, 2018-2020, Diario Oficial de Extremadura de 19-6-2018, Art.15, el de Industrias siderometalúrgicas de Guadalajara, 2018-2020, BOP Guadalajara 16-4-2019, Art. 77, el de la industria elaboradora, almacenistas y distribuidores de vinos, cervezas, licores y otras bebidas espirituosas de la provincia de Burgos 2022-2025, BOP 28-10-2022, Art- 7. el de Industria del Metal del Principado de Asturias, 2018-2020, BO Asturias 3-1-2019, Disposición Adicional 3ª, aunque con un texto muy breve que no cambia nada de la regulación legal, o el Convenio Colectivo de Industrias de Ebanistería, Carpintería y Afines de la provincia de Albacete, para el período 2021 al 2023, Art. 20, o VIII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE 14-07-2023), Art. 22, el del sector de Industrias Vinícolas y Alcoholeras de Murcia, 2022-2025,BO Región de Murcia de 27-10-2022, Art. 25, el de Hostelería de Cantabria, 2022-2025, BO Cantabria de 24-10-2022, Art- 30, o el de la Industria y Comercio de la Vid de Valladolid, 2022-2025, BOP Valladolid 19-10-2022, Art. 54. También puede citarse el convenio de comercio de alimentación de la provincia de A Coruña, 2022-2025, BOP A Coruña 31-10-2022, Art. 24 aunque cuenta con un texto algo más extenso, pero también relativamente corto y sin cambios sobre la regulación legal.

no altera los términos legales vigentes, al menos en apariencia<sup>18</sup>, pues entonces, además de las dudas ya expuestas ante un hipotético cambio legislativo, pueden surgir dudas de si en esa regulación propia y expresa del convenio se viene a reiterar con otras palabras la norma legal, o, por el contrario, se ha pretendido modificar algo de lo legalmente regulado, dejándose así un margen para la duda y por tanto de inseguridad.

Desde luego si se quiere que se esté a lo legalmente establecido y quiere reflejarse expresamente por el relativo efecto pedagógico, de difusión entre los sujetos comprendidos en el ámbito del convenio, lo mejor es la mera remisión al precepto legal, sin más y sin reproducir ni total ni parcialmente el texto de la ley, pues así no se introducen dudas ni inseguridad y, por otro lado, se garantiza suficientemente el aspecto pedagógico o de difusión al que nos hemos referido.

---

<sup>18</sup> Ejemplo, entre otros, en el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, 2021.2023, BOE 25-2-2021, Art. 30, o en el VII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados 2018-2021, BOE 13-2-2019, Art. 12, cuyo único cambio claro sobre el régimen legal está en la solución arbitral de los desacuerdos a la que posteriormente se hará referencia, en el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de Zamora, 2018, BOP Zamora 20-10-2018, que en su Art. 33 señala que la inaplicación del convenio se producirá conforme a lo regulado y el citado artículo, que es una reproducción parcial del 41 ET con otras palabras, remitiendo la regulación del periodo de consultas al citado ar. 41 ET y limitándose a reconducir los desacuerdos al entonces vigente Acuerdo sobre solución extrajudicial de Castilla y León, a través del SERLA; algo parecido en el Convenio de Comercio del Metal de Zaragoza 2020-2022, BOP Zaragoza 26-3-2022, Art. 57 remitiendo los desacuerdos a los procedimientos gestionados por el SAMA; tampoco cambia sustancialmente la regulación pese a que no reproduce literalmente el texto legal, al que en todo caso se remite en diversos momentos, el Convenio de empresas estibadoras del puerto de Bilbao años 2022, 2023 Y 2024, BOP Bizkaia 17-11-2022, Art. 46, o el de Laboratorios Ordesa S.L. 2018-2020, BOP Barcelona 5-6-2019, Arts. 6 y 89, algo similar cabe decir del Convenio de la empresa Pirotecnia Ricardo Caballer S.A., 2020-2024, BOP Valencia 5-3-2020, Art. 44 con un texto propio que en realidad reproduce parcialmente el art. 41 ET y lo único que regula distinto es, e incluso de forma confusa, la solución de los desacuerdos, y lo mismo del Convenio de la empresa Navaluz Sevilla S.A., BOP Sevilla 26-11-2022, Art. 7 en un texto extenso que es casi literal reproducción de parte del Art. 41 ET, también tienen un texto relativamente extenso pero no se detectan cambios sobre la regulación normativa otros convenios sectoriales como el estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, 2019-2021, BOE 13-1-2022, Disposición Adicional 3ª, o el Convenio colectivo de acción e intervención social, 2022-2024, BOE 28-10-2022, Disposición Adicional 3ª – que en todo caso precisa algo más la posible intervención de la comisión paritaria -, o el I Convenio colectivo del sector de almacenistas de alimentación de las provincias de Castellón y Valencia para 2022, 2023 y 2024. [2023/11], Art. 7.

Es curioso incluso que en ciertos casos a remisión legal se haga parcialmente y centrada, sobre todo, o cuando menos reiterando claramente en la posibilidad de designación de la comisión *ad hoc*, lo que legalmente ya es posible, pero es llamativo que se recuerde tan específicamente cuando dichas comisiones, como se dijo, se vieron con hostilidad desde medios sindicales<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Pueden verse ejemplos en los que la regulación convencional reitera con total claridad la posibilidad de esa comisión, además de los ya citados y, en general, de todos los que reproducen en extenso el texto del art. 41 ET, en convenios como: Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad 2019-2021, BOE 4-7-2019, Art. 12.11 – en referencia a movilidad geográfica, modificación sustancial e inaplicación de convenios, Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021, BOE 14-8-2020, Art. 62.2, Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2019-2021, BOE 11-3-2020, Art. 45, Resolución de 12 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias, (BOE 25-07-2022, Art.33 – y tanto para la inaplicación como para la modificación sustancial que regula en paralelo, también entre otros muchos, en el Convenio colectivo nacional para las industrias de turrónes y mazapanes 2019-2021, BOE 28-12-2022, en la disposición adicional 4, y en los convenios de Almacenistas de Alimentación de Navarra 2018-2021, BO Navarra 5-09-2023, Art. 5.4., o de Comercio de Metal de Navarra 2019, BO Navarra de 21-11-2019, Art. 36, o de Industria de la Construcción de Navarra 2020, BO Navarra 19-1-2021, Art. 10.4, o el Convenio de empresas estibadoras del puerto de Bilbao años 2022, 2023 y 2024, BOP Bizkaia 17-11-2022, Art. 46, o el estatal de Centros y Servicios veterinarios, 2020-2022, Art. 102.3

En los casos en los que la regulación si altera algo lo que se encuentra tampoco es muy amplio ni intenso, salvo en algunos casos en los que se somete obligatoriamente a las partes a un arbitraje, generalmente encomendando a la comisión paritaria del convenio que realice los trámites al efecto<sup>20</sup>; en otros casos

---

<sup>20</sup> VII Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 23-9-2023), Art. 17, Convenio del Sector de la Construcción de Tarragona, 2018-2021, BOP Tarragona 14-9-2018, Cláusula Adicional 3ª, Convenio de Almacenistas de Alimentación de Navarra 2018-2021, BO Navarra 11-12-2018, Art. 5.4.5., Industria de la Construcción de Navarra 2020, BO Navarra 19-1-2001, Art. 10.4.5, Convenio la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunidad Valenciana, 2022-2023, DO Comunidad Valenciana 5-10-2022, Arts. 12 y 13. Un supuesto peculiar lo presenta, por ejemplo, el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines BOE 20-8-2019, que en sus Arts. 85 a 94 diseña un procedimiento específico de solución de conflictos, al amparo del ASEC estatal, y basado en el arbitraje voluntario, aplicable (art. 87.d) a los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, pero en el art. 95, tras reiterar y remitirse a las reglas legales en materia de inaplicación de convenios, establece lo siguiente: “En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, las partes deberán someter la discrepancia a los procedimientos de solución autónoma de conflictos, previstos en el capítulo XVI del presente Convenio. En el caso de no resolverse las discrepancias mediante el procedimiento de mediación, cualquiera de las partes podrá acudir a un arbitraje obligatorio ante la Comisión Mixta, quien designará el árbitro o árbitros que actúen en el procedimiento”, parece pues que es un arbitraje rogado, pues alguien lo ha de pedir, pero obligatorio para las demás partes una vez que una lo haya solicitado. Un supuesto similar se puede encontrar en el VII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados 2018-2021, BOE 13-2-2019 que en el Art. 12 establece: “En el supuesto de que la Comisión Paritaria no alcance acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en su caso a los motivos establecidos en el artículo 91 del ET”, es pues un supuesto de arbitraje rogado que si no se pide por ninguna de las partes, conduce a que, según el convenio, las partes deban acudir a los órganos legalmente establecidos. También parece aludir a un arbitraje rogado y obligatorio para todos si alguien lo solicita el Convenio del sector la Madera y el Mueble de Córdoba 2023-2024 (BOP Córdoba3-11-2023,) Disposición Adicional Primera, pues regula que en caso de desacuerdo cualquiera de las partes puede someter a un arbitraje vinculante y lo mismo cabe decir del Convenio para las Industrias de la Madera y el Corcho de Jaén, 2023-2025, BOP Jaén 29-12-2022 Art. 51. El carácter obligatorio del arbitraje parece afirmarse también en el Convenio general de la industria textil y de la confección, 2020-2023, BOE 16-12-2021, que, si bien establece en general la voluntariedad del mismo (Art. 9), en este caso concreto en su Disposición Adicional 3ª regula literalmente que: “En los supuestos de tramitación del proceso regulado en el artículo 82.3 de ET sobre inaplicación del convenio, en el caso de finalizar el período de consultas sin acuerdo, así como el eventual trámite potestativo ante la comisión del convenio, las partes someterán su discrepancia a un arbitraje vinculante en la forma y ante los órganos referidos en los párrafos precedentes y según las normas y reglamentos de aquellos”.

se alude al arbitraje en términos similares, pero reservando la voluntariedad del mismo, siendo las partes las que han de decidir acogerse al mismo<sup>21</sup>, y en algunos

---

<sup>21</sup> Solo por dar algunos ejemplos, podemos citar, entre otros, a los siguientes convenios: Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación de seguros privados, 2019-2022, BOE 7-1-2020, art. 43.4 - en el conjunto del art. 43 remite a las reglas legales -, Convenio colectivo de la industria del calzado 2019-2021, BOE 22-7-2019, Arts. 5 y 64, XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad 2019-2021, BOE 4-7-2019, Art. 12 que alude a procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial e inaplicación de convenios, remitiendo a las reglas legales y en su caso a un arbitraje voluntario (Art.12.10), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas 2019-2021, BOE 14-8-2020, Art. 62.4., Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2019-2021, BOE 11-3-2020, Art. 45, Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (2019-2021), BOE 29-3-2019, Art. 34.4., Convenio de Comercio de Metal de Navarra 2019, BO Navarra de 21-11-2019, Art. 23.7; Convenio de Transporte de Mercancías por Carretera de Segovia 2019-2021, BOP Segovia de 15-4-2019, Art. 43 en relación con el Art. 7, Convenio Colectivo sectorial de Limpieza de edificios y locales de Bizkaia 2021-2024, BOP Bizkaia 23-11-2022, Art. 33.3., Robert Bosch España, fábrica de Castellet, 2019-2020, BOP Barcelona 3-6-2020, Art. 86.5, Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa, 2019-2020, BOE 22-7-2019, Art. 38, Convenio colectivo de la empresa Eulen, S.A. con el personal del servicio de limpieza de las instalaciones de CAF de Beasain, 2019-2021, BO Guipuzkoa 17-3-2020, Art. 72, o el Convenio de Aguas de Cabreiroá 2022-2024, BOP Ourense 28-11-2022, Arts. 5 y 34, que remite a los procedimientos de solución del AGA, basados, en su caso, en el arbitraje voluntario.

Incluso algunos convenios aluden exclusivamente al sometimiento a la mediación, omitiendo cualquier referencia al arbitraje, como ocurre, entre otros, en el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), BOE 3-10-2019, Art. 62.1, o el Convenio provincial de trabajo de la industria de la alimentación de Almería, 2019-2021, BOP Almería 5-11-2019, Art. 46, o remitiendo a los procedimientos del PRECO, pero excluyendo expresamente el arbitraje incluso voluntario, como hace el Convenio de la empresa Autobuses Urbanos de Bilbao, 2018-2021, BOP Bizkaia 3-5-2019, Art. 40 y en parecidos términos el de la empresa Dormiberia S.L.U. 2019-2020, BOP Bizkaia 14-10-2020, Art. 56.

casos la regulación es bastante deficiente y no se sabe muy bien el carácter – obligatorio o voluntario - del arbitraje y quien lo debe someter<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Ejemplos de una cierta imprecisión hay bastantes, pero son llamativos los del Convenio de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad de Castilla-La Mancha, 2020-2023, DO de Castilla y La Mancha 11-2-2020, que señala, Art. 27, que los problemas de inaplicación – alude solo a la retributiva – se someterán a arbitraje actuando como partes interesadas “las representaciones que constituyen la Comisión Paritaria”, parece pues un arbitraje derivado de un pacto de previo sometimiento, instado solo por la Comisión Paritaria y limitado a la materia retributiva, pero la regulación parece muy imprecisa. Lo mismo, por contradictoria de la regulación del Convenio colectivo de trabajo para el sector de empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma Valenciana, para los años 2018 – 2023, DO Comunidad Valenciana de 6-8-2019, que en su Art. 9 establece que en caso de discrepancia entre las partes de la Comisión Paritaria, las partes acuerdan ajustarse a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en el vigente Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos (DOGV 08.07.2010) pudiendo acudir cualquiera de las partes, si lo estima oportuno, al Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunitat Valenciana. Las partes acuerdan que, en caso de no alcanzar un acuerdo en sede de mediación, se someterán a arbitraje vinculante ante el citado Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunitat Valenciana, pero posteriormente en el Art. 74, establece que ambas partes se adhieren al Acuerdo de Solución de Conflictos Laborales, de forma extrajudicial los conflictos colectivos y acuerdan someterse en caso de discrepancias de cualquier tipo sobre el contenido del mismo, a la fórmula de la mediación, nunca a la del arbitraje, salvo acuerdo expreso.

Tampoco es totalmente claro el II Convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunitat Valenciana 2015-2017, publicado en el DO Comunidad Valenciana de 22-6-2015, que en el Art. 52 remite el procedimiento de inaplicación a los términos legales, peor en el Art. 53 establece como solventar los desacuerdos en esos procedimientos, señalando que: En caso de desacuerdo en la Comisión Paritaria, la misma decidirá someterlo al arbitraje recogido en el convenio o someterlo a los mecanismos previstos en el V Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana (DOCV 08.07.2010) o posteriores. En caso de no llegar a un acuerdo o a un laudo arbitral en el plazo máximo de quince días, se entenderá que no se ha solucionado la discrepancia a los efectos legales oportunos”, con lo que el uso de un término imperativo como “decidirá” parece no cerrar la cuestión, ni obliga realmente a un arbitraje.

También suscita alguna duda el Convenio Colectivo de la Empresa Transitarios de Madrid 2022-2024, BO Comunidad Madrid 8-11-2022, que en su Art. 21 establece: “En caso de que las partes, concluidas las conversaciones, no llegaran a ningún acuerdo sobre la aplicación del descuelgue, deberán recurrir necesariamente a la Comisión Paritaria del Convenio, Comisión que estará plenamente facultada para solicitar cualquier documentación económica de la empresa, a fin de que, tras su pormenorizado estudio decida por mayoría absoluta de todos sus integrantes, su aplicación o no. En caso de empate cualquiera de las partes podrá instar la reclamación correspondiente ante la jurisdicción competente, después de utilizar los mecanismos acordados para resolver las discrepancias en el seno de la Comisión Paritaria”, como estos últimos los deben adoptar las partes integrantes de la Comisión Paritaria se suscita la duda de a quien se encomienda acudir a la solución extrajudicial, si a las partes del conflicto o a las integrantes de la propia Comisión.

Otro ejemplo de regulación confusa nos lo da el Convenio de la empresa Pirotecnia Ricardo Caballer S.A., 2020-2024, BOP Valencia 5-3-2020, que en su At. 44 establece la posibilidad de que las partes se acojan a los procedimientos de solución extrajudicial, incluso al arbitraje mediante un pacto de previo sometimiento, señalando que, si no lo hubiesen hecho y subsistiese el desacuerdo, cualquier parte puede someter el conflicto al Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana, lo que suscita la duda de si puede, incluso, obligar a las demás a someterse a un arbitraje.

Muy raramente se supedita la posibilidad de adaptar estas medidas a la exigencia de un acuerdo, aunque hay algunos casos en los que así se establece, especialmente en el ámbito territorial del País Vasco<sup>23</sup> y en algún otro, cabe al menos la duda, pues se señala que el descuelgue es exclusivamente salarial y que en relación al resto del convenio las partes quedan obligadas a respetarlo<sup>24</sup>, lo que podría entrar en colisión con la regulación legal.

En general estas reglas inciden solo de modo indirecto en las partes legitimadas pues no alteran la regulación legal o lo hacen solo matizadamente en cuanto al sometimiento al arbitraje; en todo caso hay algunas reglas, aunque ciertamente escasas, que intentan incidir, siquiera de modo relativo o muy parcial o concreto, en la legitimación; no ya las que vimos en materia de comité intercentros, sino otras que de algún modo intentan priorizar la negociación sindical. Así, por ejemplo, encontramos reglas que atribuyen la condición de interlocutores en todos los asuntos que afectan a más de un centro de una empresa a las secciones y delegados sindicales, lo que parece bastante acertado, especialmente en ausencia de comité intercentros<sup>25</sup>, incluso esta potenciación de la actuación sindical se ve clara en convenios como el Marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE 2-10-2019, que establece la existencia de secciones sindicales,

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, es el caso del convenio Marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE 2-10-2019, que establece la existencia de secciones sindicales, regionales y estatal, y obliga a que los periodos de consulta y negociaciones se desarrollen con ellas, e incluso supedita las medidas a la existencia de acuerdo, Arts. 8.1.d. y 24., aunque prevé que si ese no se produjese directamente se someterá la cuestión a la comisión paritaria que será la que resolverá. En el ámbito del País Vasco, como se dijo, no es infrecuente esta regulación y por ejemplo pueden encontrarse convenios como los de las empresas UTE Bizkaiko Hondartzak 2021 (servicio de limpieza de playas de Getxo), 2022-2024, BOP Bizkaia 25-11-2022, que en su Art. 15 establece lo siguiente: “La empresa no podrá en ningún caso acogerse a la inaplicación del presente convenio, mediante el procedimiento al que se refiere el artículo 82.3 ET, debiendo intentar en su caso la posibilidad de renegociar el mismo antes de su vencimiento para lograr otro, o la posibilidad de revisión del mismo que prevé el artículo 86.1 ET. Ambas partes acuerdan expresamente que, en todo caso, los procesos a los que cabrá someterse para solventar las discrepancias serán los de conciliación y de mediación del acuerdo interprofesional Preco. El procedimiento de arbitraje se aplicará únicamente mediante acuerdo de sometimiento al mismo por ambas partes». En caso de que los procedimientos anteriormente descritos no resolvieran las discrepancias, será necesario el acuerdo entre ambas partes (representación de la empresa por una parte y la mayoría de la representación de los/as trabajadores/as por otra parte) para someter el desacuerdo sobre inaplicación a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u ORPRICE”. Regulaciones similares a esta última se contienen, por ejemplo, en los convenios de Montajes Portuguesale (Monporsa) 2022, BOP Bizkaia 24-11-2022, Art. 4, y en el de la empresa Terminales Portuarias, S.L.U. – Centro de trabajo de Zierbena, 2021-2023, BOP Bizkaia 24-11-2022, Arts 7 y 11.

<sup>24</sup> Es la regulación que se encuentra, por ejemplo, en el Convenio del sector de Alimentación, detallistas, ultramarinos, supermercados y autoservicios de la provincia de Cádiz, 2021 a 2024, BOP Cádiz 19-9-2021, Art. 7.

<sup>25</sup> Es el caso por ejemplo del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines 2022-2025, que en su Art. 76 alude al respecto a las secciones sindicales intercentros o delegados sindicales intercentros, si los hubiera.

regionales y estatal, y obliga a que los periodos de consulta y negociaciones se desarrollen con ellas. e incluso supedita las medidas a la existencia de acuerdo, arts. 8.1.d. y 24.

En otros convenios se fomenta que en los casos de inexistencia de representación se acuda a una comisión integrada por los sindicatos representativos, estableciendo que ello es lo que ocurrirá salvo que los trabajadores decidan lo contrario, con lo que si nada deciden la primera opción se entiende como asumida tácitamente, mejorándose así la regulación del art. 41. 4 ET<sup>26</sup>.

También indirectamente influyen aquellos convenios, escasos, que flexibilizan los requisitos para crear secciones sindicales, en cuanto que estas, de existir, podrán tener conforme a la norma legal y cumpliendo las exigencias de la misma, la preferencia para intervenir en los periodos de consulta<sup>27</sup>.

Puede verse, pues, que lo negociado sobre sujetos legitimados es muy limitado o casi inexistente, y ello ocurre, incluso, en los convenios que diseñan sus propios procedimientos en la materia ya en general<sup>28</sup> o en concreto para todas las inaplicaciones de convenios o algún tipo de inaplicación, como la salarial<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Pueden verse ejemplos en Convenios estatales, como el Convenio estatal de mayoristas e importadores de productos químicos, industriales y de la droguería, 2021-2023, BOE 27-9-2021, Art. 90, o en el Convenio General de la Industria Química, 2021-2023, BOE 19-7-2021, Art. 28 o en VII Convenio colectivo general del sector de la construcción. (BOE 23-09-2023), art. 17, e incluso en otros de ámbito inferior como, por citar algún ejemplo, el del Sector de la Construcción de Tarragona, 2018-2021, BOP Tarragona 14-9-2018, Cláusula Adicional 3ª, o el de la madera, carpintería, mueble y afines de la Comunidad Valenciana, 2022-2023, DO Comunidad Valenciana 5-10-2022, Arts. 12 y 13 – con regulaciones no exactamente coincidentes que convendría unificar -.

<sup>27</sup> Ejemplos al respecto existen como, ente otros, en los siguientes convenios, además del de UGT ya citado: XXI Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora S Unipersonal, 2018-2021, BOE 2-7-2021, Art. 11, permitiéndolas en cualquier centro de más de 200 trabajadores, Robert Bosch España, fábrica de Castellet, 2019-2020, BOP Barcelona 3-6-2020, que en su art. 79 permite la creación de secciones sindicales en cualquier centro con comité de empresa por los sindicatos que ostenten un 15% de representatividad.

<sup>28</sup> Un claro ejemplo es el Convenio General de la Industria Química, 2021-2023, BOE 19-7-2021, del que hemos avanzado algunas cuestiones, pero que, en general, tiene su propio sistema de solución de conflictos integrado en el SIMA (arts. 100 a 108, basado en la mediación y el arbitraje, este último en general voluntario), pero que además diseña procedimientos específicos para los traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo e inaplicación del convenio, si bien señalando en este caso que se hace en desarrollo del ar.41.4 ET y con alguna alteración en cuanto al mismo a la que ya hicimos referencia (Arts. 27 y 28). También tiene su propio procedimiento, y en concreto en los Arts. 14 a 17 para la inaplicación, por ejemplo, el VII Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE 23-09-2023).

<sup>29</sup> Como hace, por citar algún ejemplo, el Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 13-10-2023, Art. 7.3.8, especificando que ello es al margen de la aplicación, que también cabe, del procedimiento legalmente establecido en el ET.

### D.3. LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO\*

La influencia final de la reforma laboral de 2021 operada sobre esta institución ha de ser tratada como uno de los hitos más destacados de las propuestas legislativas impulsadas por la misma.

No obstante, se ha mantenido la regulación legal como supletoria frente al acuerdo convencional. Prevalece, por tanto, la distinción entre supletoriedad convencional (preferente) y la legal (supletoria). En cualquier caso, recuérdese que se ha identificado la ultraactividad como “una prórroga provisional y de carácter excepcional, cuya finalidad legal no es otra que salvar el vacío normativo temporal, desde la denuncia, en tiempo y forma, de un convenio colectivo, hasta la adopción de un nuevo acuerdo”<sup>30</sup>. Ello implica que<sup>31</sup>:

- a. Supone una prórroga en la aplicación del contenido del convenio colectivo.
- b. Nos referimos a un instrumento de aplicación, exclusivo, respecto a los convenios colectivos, por lo que su configuración es fruto de la propia negociación colectiva y, de forma supletoria, de la regulación legal<sup>32</sup> (teniendo en cuenta, al respecto, la interpretación judicial);
- c. De ahí que la duración prolongada vía ultraactividad dependerá de lo que establezcan los mismos negociadores y, en su defecto, lo previsto en la norma legal.

No obstante, al respecto, cabría detenernos y subrayar algunas matizaciones puesto que si bien queda patente que lo perseguido por esta institución no es otra cosa que evitar el vacío normativo desde la denuncia del convenio hasta la llegada de uno nuevo que lo sustituya cuando no se ha previsto una duración específica de prórroga, debemos plantearnos la existencia de un posible hito concluyente tras el cual la ultraactividad legal subsidiaria en principio indefinida

---

\* Apartado realizado por los profesores de las Universidades de Valencia y Málaga: Carlos L. ALFONSO MELLADO, Francisco VILA TIerno, Gemma FABREGAT MONFORT, Miguel Ángel GÓMEZ SALADO, María Desamparados BOHÍGUEZ ESPARZA y Raquel CASTRO MEDINA.

<sup>30</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Pérdida de vigencia de los convenios y crisis económica”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, núm. 8 (Dic), 2012, págs. 113 y ss.

<sup>31</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.: “La vigencia y ultraactividad de convenios en el marco del modelo constitucional de negociación colectiva”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZ CASTILLO, F. (coords.), Murcia, Laborum, 2022, págs.485-527.

<sup>32</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Relaciones laborales*”, *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2013, págs. 199 y sigs.

llegue a su fin. Con anterioridad a la reforma, una vez reconocida la pérdida de aplicabilidad del convenio colectivo para dar cobertura a aquel vacío y ordenar las relaciones laborales en dicho marco cabía recurrir a un convenio colectivo de ámbito distinto. Sin embargo, a la luz de la nueva regulación legal aquella solución presenta serias dudas, pero nos sirve como punto de partida para nuestro análisis.

Sobre este particular, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2012 (RJ\2012\6844). Dicho pronunciamiento recoge dos posibilidades ante la situación anteriormente descrita; el acuerdo entre las partes para la aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior o, en su defecto, la aplicación automática del mismo cuando se agota el proceso negociador y no es posible el acuerdo final. Cierto es que la solución vendría a ser la misma, pero resulta gratamente significativo el hecho de que para producirse el segundo escenario fuera imperativo acreditar esa imposibilidad de negociación. Y, es que, se detrae nada más y nada menos que la imposibilidad de sustentar la ultraactividad de un convenio colectivo en aquellos supuestos en los que se constante la ruptura sin acuerdo de las negociaciones.

Si extrapolamos estas consideraciones al momento actual nos hará ver que, aunque parece que se apuesta por una interpretación de ultraactividad indefinida sobre el más que reiterado pacto convencional de mantener la vigencia del convenio “hasta que este sea sustituido por otro<sup>33</sup>” no son exactamente lo mismo. De hecho, si sabemos reconocer la determinación de la mencionada sentencia y

---

<sup>33</sup> Si bien la gran mayoría de los convenios estudiados utilizan esta fórmula también podemos encontrar algunos ejemplos que hacen mención expresa a la ultraactividad “indefinida” como por ejemplo el Convenio de empresa Geminis Lathes, S.A. (2022-2023): “[...] Quedará automáticamente denunciado tres meses antes de la finalización de su vigencia, pudiendo iniciarse esa fecha las negociaciones del nuevo Convenio Colectivo de Empresa. Se acuerda que la ultraactividad del presente Convenio de Empresa sea indefinida.” (art. 3). No obstante, como decimos, no cabe entender que la vigencia de este convenio se extenderá para siempre en el tiempo, sino que, debemos apreciar la viabilidad de las negociaciones y el buen término de estas. En este sentido otros convenios recogen de manera más fiel el fin último de la ultraactividad a modo de ejemplo podemos señalar el Convenio Colectivo Cruz Roja Española en Soria (2019-2021): “[...] Finalizado el periodo inicial de vigencia del convenio o cualquiera de sus prórrogas sin denuncia por ninguna de las partes, el convenio se prorrogará de año en año. Durante la negociación del nuevo convenio, permanecerá vigente el convenio actual hasta alcanzarse un nuevo acuerdo, considerándose prorrogado el mismo en todo su articulado en cuanto no se firme otro que lo sustituya, sin perjuicio de que el nuevo convenio determine su retroactividad.” (art. 3). O el Convenio Colectivo para la empresa Orv Española Del Transporte y Logística SI (2019-2023)” [...] Independientemente de lo establecido en el párrafo anterior el presente Convenio se aplicará en todo su contenido mientras tanto no sea sustituido por la negociación de un nuevo Convenio Colectivo de Empresa.” (art. 3) y el Convenio General de Navarcable, S.L (2020-2023): “Las partes firmantes se comprometen a iniciar la negociación del nuevo Convenio una vez formulada la denuncia, aun cuando no hubiese agotado su vigencia temporal. Durante las negociaciones se mantendrá la vigencia del presente Convenio en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores.” (art. 4)

si se concreta y demuestra que el proceso negociador ha muerto, nunca existirá un nuevo convenio que sustituya al anterior lo que no puede dar lugar a que este último se mantenga sine die. Así pues, la ultraactividad, ya sea mediante pacto de las partes o fruto de la interpretación de su regulación legal, se mantendrá en tanto y cuanto se prolongue el proceso de negociación y no de forma indefinida<sup>34</sup>.

En otro orden de cosas y sea como fuere, es la denuncia de parte la que fuerza -o no- la extensión temporal del convenio por ultraactividad. La duración fijada inicialmente en el convenio y la fecha de expiración, carecen de un papel determinante. Pero sí el de facultar a las partes para decidir si dar continuidad al convenio o plantear su decaimiento, ya sea mediante la prórroga o mediante la ultraactividad. Nos encontramos en este punto ante una contraposición de intereses. En un extremo queda la apuesta por el mantenimiento del convenio para evitar un vacío normativo provocado por la pérdida de su vigencia y, en el otro extremo, de manera absolutamente contrapuesta, se sitúa la oposición a la llamada petrificación de la negociación colectiva, con el propósito de huir de la permanencia continuada del fruto de la negociación. Surge, además, la posibilidad de hacer más ágil la transición entre convenios -anterior y posterior-, provocando la desaparición del que ha sido objeto de denuncia, ha sido interpretado como una variable que contribuye a la flexibilidad en aplicación del art. 86.3 del ET<sup>35</sup>.

Pero, no es menos cierto que la continuidad del marco legislativo de aplicación contribuía a la seguridad jurídica, y ello se conseguía mediante el mantenimiento de los instrumentos que forman parte del orden normativo en tanto no se aplicara el principio de modernidad. Lo que tenía su máxima expresión a través de la ultraactividad.

Ésta, tras la reforma de 2021 responde a los siguientes parámetros:

- a. En la redacción formal del precepto que sirve de referencia, quedan delimitados dos apartados, cada uno con una función distinta. El primero de ellos se limita a regular la ultraactividad “tradicional” dejando al segundo las consecuencias desencadenadas tras la misma. Se utiliza, en este sentido, la misma fórmula (aunque de diferente contenido) que,

---

<sup>34</sup> *Id.* sobre este particular, VILA TIerno, F.: Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: al hijo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre. Aranzadi, 2022. VILA TIerno, F. y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDL 32/2021.” *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum* núm. 4, 2022, págs. 71-96. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. 2004, *op. cit.* pág. 136.

- en 2012, con la peculiaridad de haber contemplado epígrafes separados para dotarles de mayor autonomía, al menos, formalmente.
- b. Nuevamente, se describe la repercusión de la ultraactividad mediante el uso de la conocida fórmula encaminada a priorizar el pacto sobre los efectos desprendidos del convenio colectivo y, en su defecto, lo contemplado en el precepto legal. En otras palabras, se regula una ultraactividad convencional (prevalente) y una ultraactividad legal (supletoria) y, además, continúan las restantes posibilidades de ultraactividad convencional mediante la opción de celebrar acuerdos parciales.
  - c. Queda suprimida la delimitación inicial de un marco temporal sobre el que encuadrar a la ultraactividad y que se corresponda con el periodo de negociación. No obstante, continuamos apreciando un periodo temporal para la ultraactividad legal.
  - d. Igualmente, se extingue la obligación de que los Acuerdos, estatales o autonómicos, del art. 83 ET en materia de solución extrajudicial de conflictos conflictos -v.gr. SERCLA-, recojan procedimientos (como por ejemplo el arbitraje) para tratar de solventar los problemas que susciten la falta de acuerdo una vez transcurrido el plazo máximo expresamente establecido para la negociación del convenio. También queda fuera de la regulación actual el que el art. 85.3 ET establezca como contenido mínimo de los convenios colectivos tales medios de resolución, aunque, si se incluye una referencia a los mismos que puede ser determinante.
  - e. Además, en lugar de los plazos máximos para el proceso negocial (arts. 85.3 ET y art. 89 ET) se fijan, en un primer momento, el tope de un año para alcanzar un acuerdo una vez denunciado el convenio. Y, superado ese plazo, nace la obligación de acudir a la mediación (art. 83 ET) o arbitraje si estuviera previsto. De este modo, de forma indirecta también se está acotando la duración de la ultraactividad que viniese vinculada a la concurrencia del proceso previo a la negociación. Límite que nuevamente se establece en un año. Lamentablemente no queda del todo claro las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ni si cabe o no, la posibilidad de simultanear las sesiones propias de los medios alternativos de resolución de conflictos con nuevos reintentos de negociación. Por fortuna, lo que si establece con claridad es que, o bien en ausencia de éxito de aquel procedimiento, o bien si llegado el término no hubiera acuerdo aplicaremos el efecto final previsto por el legislador.
  - f. Por último, se estipula, al igual que en el 2011, el mantenimiento de la vigencia del convenio. Consecuencia que, según se considere puede ser para la ultraactividad o para la post-ultraactividad. Pese a ello, en la actualidad ya no depende del fracaso de la vía de solución de conflictos o *si han transcurrido los plazos máximos de negociación*, sino como expresamente se indica, del hecho de que *“hubiere transcurrido el pro-*

*ceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo*” y de que no hubiera pacto en otro sentido -ultraactividad convencional prevalente-.

Observadas estas novedades, las dudas suscitadas germinan sobre este último punto en torno a qué se quiere decir cuando se estipula que “*hubiere transcurrido el proceso de negociación*” puesto que, obviamente, no podemos asimilarlo al hecho de agotar los plazos máximos de negociación<sup>36</sup>.

En cualquier caso, lo más relevante, es que cambian las reglas de juego, de manera que ahora la ordenación es la siguiente: en primer término, se estará a lo que pacten las partes sobre la duración y régimen de la ultraactividad (convencional o pactada) y, si no hay acuerdo expreso al respecto, de manera supletoria se aplicará el régimen dispuesto en los arts. 86.3 y 4 ET (legal). En este último caso, se prevé que desde la denuncia del convenio se mantiene el convenio (salvo las cláusulas de paz laboral), hasta que transcurra un año desde aquel momento. Llegado ese punto, existe la obligación legal de acudir al mecanismo de solución de conflictos que pudiera resultar aplicable (acuerdos del art. 83 ET).

En este sentido, cobran especial importancia elementos fácticos como, coloquialmente, no levantarse de manera definitiva de la mesa de negociación o el contenido de las actas de las reuniones, que será determinante, en su caso, para concretar la posible ruptura de la negociación (por ejemplo, por posturas obstruccionistas anteriores).

Si prestamos atención a los convenios analizados podemos apreciar una mejora sustancial respecto a la superación de la limitación de 1 año de la ultraactividad recogida en la anterior redacción del art. 86.3 ET. Ahora bien, la fórmula empleada ha sido diferente como se muestra en los siguientes ejemplos:

-Se aumenta el plazo por 2 años en el Convenio colectivo de la empresa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (CAF, S.A.), art. 3º, 4) “Las condiciones recogidas en el presente convenio colectivo, en tanto no se firme un nuevo convenio mantendrán su vigencia por un *período de dos años*”.

-Se mantiene expresamente sin límite temporal en el Convenio Colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, S.A., art. 2 *in fine*: “(...) El convenio quedará denunciado automáticamente a partir del día 1 de octubre del año en que finaliza su vigencia (entendiendo dicho año como el 2020) y hasta la firma de un nuevo acuerdo que lo sustituya, *el presente mantendrá su ultra actividad*”

---

<sup>36</sup> En un caso se agota el proceso en sí, en otro, únicamente los plazos. Mientras que éstos últimos pueden superarse y verse sobrepasados, si el proceso ha finalizado, no cabe opción alternativa para darle continuidad.

*sin límite temporal alguno*. Se acuerda expresamente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores/as que una vez denunciado y concluida la duración pactada en este convenio éste mantendrá su vigencia hasta la suscripción de otro que lo sustituya”.

-Se prorroga de año en año en el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa, art. 5.2: “Expresamente se acuerda, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.3 ET, que una vez denunciado y concluida la duración pactada, se mantendrá la vigencia del Convenio hasta la suscripción por ambas partes de otro que lo sustituya, salvo el ámbito temporal que *se prorrogará de año en año* y los incrementos salariales universales”.

-Aunque la fórmula más repetida ha sido la utilizada en el Convenio colectivo de trabajo de la empresa Termoeuropa, S.A. (Balneario de Arnedillo), art. 5: “El citado convenio se entenderá denunciado automáticamente al cumplirse la vigencia establecida, no debiendo ser comunicado ni a la Autoridad Laboral ni a las partes firmantes entre sí, *manteniendo el contenido íntegro del Convenio en tanto no sea sustituido por un nuevo Convenio (...)*”.

En efecto, tal y como veníamos diciendo las reglas de vigencia ultraactiva del convenio introducidas a partir de la reforma dejan entrever un cambio de orientación en los procesos de negociación. Junto a los ejemplos expuestos cabe destacar las siguientes cuestiones: más del 40% de los convenios analizados contemplan la ultraactividad, de los cuales la amplia mayoría no recogen el término exacto. Bien es cierto que también existen otras formas flexibles de establecer la ultraactividad como son los acuerdos parciales no siendo esto objeto del presente estudio. Decir también que tan solo uno de los convenios rechazaba esta institución de forma expresa: “el presente convenio no precisará denuncia alguna, considerándose automáticamente denunciado a su vencimiento. En tanto no se sustituya por otro de igual rango quedará prorrogado hasta la entrada en vigor del siguiente. *No siendo de aplicación la ultraactividad vigente.*” (Art. 4 del Convenio Colectivo Empresa Android Industries Zaragoza, S.L para los años 2019-2022).

En cualquier caso, recordar que sin bien la fórmula más utilizada para evidenciar la presencia de esta institución es el uso reiterado de la frase “el presente convenio colectivo seguirá vigente hasta la firma de un nuevo convenio que lo sustituya<sup>37</sup>” (art. 14 del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón,

<sup>37</sup> Añadir a los ya señalados los siguientes: Convenio Colectivo provincial del comercio en general de Toledo (2018-2019-2020-2021), V convenio colectivo de trabajo para las empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (2022-2023), Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas (2019-2021), VIII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas. (2019-2022), Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas. (2021-2023), Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (2021-2023), Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (2020-2025), Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (2021-2025), XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (2019-2021), Convenio Colectivo de “Transportes de Mercancías por Carretera” de la provincia de Albacete (2018-2020), Convenio Colectivo para las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Ávila (2018-2021), Convenio Colectivo de industrias de ebanistería, carpintería y afines (2023-2024 y 2025), Convenio Colectivo provincial de trabajo para la actividad de limpieza de edificios y locales (2021-2023), Convenio Colectivo laboral de almacenistas de la madera de la provincia de Barcelona (2021-2022), Convenio Colectivo de derivados del cemento (Albacete) (2022-2023), Convenio colectivo para el sector de Intervención Social de Álava (2021-2024), V Convenio Colectivo de intervención social de Bizkaia (2017-2021), Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (años 2022, 2023 y 2024), Convenio Colectivo Provincial para oficinas de Farmacia de Bizkaia (2021-2024), Convenio Colectivo de Mayoristas de Alimentación del Principado de Asturias (2021-2024), Convenio colectivo del Sector Garajes, Aparcamientos, Estaciones de Lavado y Engrase y Autoestaciones de la provincia de Zaragoza (2020-2022), Convenio Colectivo do sector da carpintería e ebanistería da provincia da Coruña (2020-2025), Convenio Colectivo para el sector de hostelería de Cantabria (2022-2025), Convenio Colectivo provincial de trabajo aplicable al Sector de Industrias de Tintorerías y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa para la provincia de Zamora (2022, 2023 y 2024), Convenio Colectivo de Hostelería y turismo de la provincia de Almería (2022-2024), c (2017-2020), Convenio Colectivo de trabajo para las actividades de comercio de materiales de construcción para la Región de Cantabria (2022-2023), Convenio Colectivo de actividades agropecuarias de la Provincia de Alicante (2021-2024), Convenio Colectivo de ámbito provincial para las industrias expendedoras y de fabricación de pan y sus trabajadores de Cuenca (2021-2024), Convenio colectivo para la empresa Sagola, SA (2019-2020), Convenio Colectivo da empresa Domiberia S.L.U. (fábrica de vigo) (2019-2020), Convenio Colectivo de la empresa “Lácteas Castellano Leonesas, S.A.”. (2019-2020), Convenio Colectivo da empresa “Galicia Editorial, S.L.” (2019-2020), Convenio colectivo de la empresa Amurrio Ferrocarril y Equipos, SA (2019-2020), 8º Convenio colectivo entre European Air Transport y sus trabajadores (2021-2023), Convenio colectivo para la empresa SAS Autosystemtechnik, SA (2016-2020), Convenio Colectivo de la empresa Thyssenkrupp Airport Solutions, S.A. (2019, 2020 y 2021), Convenio Colectivo de Empresa de Clínica Terapéutica Mediterraneo, S.A. de Almería (2018-2021), III Convenio colectivo de la empresa Cash Converters, S.L. y Sociedades Vinculadas (2019-2021), Convenio Colectivo de Babé y Cia., SL. (1 de enero de 2019 y el 31/12/2019), Convenio Colectivo da Empresa Gestamp Vigo, S.A (2018-2021), III Convenio Colectivo de Heimbach Ibérica, S.A (2017-2022), Convenio colectivo para la empresa Fundiciones Inyectadas Alavesas, SA -FIASA- (2019-2020), III Convenio Colectivo de Heimbach Ibérica, S.A (2017-2022), III Convenio Colectivo de empresa de metro de Sevilla, sociedad concesionaria de la Junta de Andalucía, S.A. (2019-2022), Convenio Colectivo de la empresa Grupo García Camarero, S.A (2019-2022), Convenio Colectivo de Lingotes Especiales,

2019-2020) también frente a la ultraactividad convencional “indefinida” que excluye o se aparta del régimen legal supletorio, durante el análisis de los convenios también hemos podido observar textos que recuren directamente al tenor legal del art. 86.3 del ET. Algunos de ellos con matices como el XX Convenio colectivo general de la industria química (2021-2023): “[...] Durante las negociaciones se mantendrá la vigencia del presente Convenio en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Transcurridos 24 meses desde su denuncia sin que se haya acordado uno nuevo que lo sustituya, el presente Convenio perderá su vigencia en los términos establecidos en la legislación vigente” (art. 4) y el Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias. (2019-2021): “[...] Denunciado el convenio y mientras no se alcance acuerdo, el contenido íntegro del convenio se considerará prorrogado en todos sus términos, incluso aunque el plazo establecido en el párrafo cuarto del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores se vea superado, siendo voluntario el sometimiento al procedimiento arbitral” (art. 5).

---

SA, (2019-2022), Convenio Colectivo Oficina Autónoma de Cruz Roja Española en Castilla y León (2021-2022), VI Convenio Colectivo de Parque Isla Mágica, S.A. (2018-2022), Convenio colectivo de la empresa ZUKAN, S.L. (2020-2023), XXII Convenio Colectivo “Gefco España, Sociedad Anónima” para la Comunidad de Madrid (2018 a 2022), Convenio colectivo para la empresa Kider Store Solutions, SL (2021– 2023), Convenio Colectivo del Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Los Villares. (2018– 2021), Convenio Colectivo de la empresa Adisco Centro Especial de Empleo de Corella (2018– 2020), Convenio o Acuerdo: Grupo Energetico de Puerto Real, SA (2018-2021), Convenio colectivo de la empresa Arc Distribución Arte para el Hogar Ibérica, S.L. (2019 – 2021), Convenio Colectivo de la empresa Knorr Bremse Pamplona, S.L. (2022 – 2025), Convenio Colectivo de la empresa Knorr Bremse Pamplona, S.L. (2022 – 2025), Convenio colectivo de las empresas de Mapfre Grupo Asegurador (2022-2026), Convenio Colectivo para el centro de trabajo de Derio de la Fundación Azti-Azti Fundazioa para (2016 – 2021), Convenio colectivo Cruz Roja Española en Girona (2022-2025), Convenio Colectivo Integrardid, S.L. (2019-2021), Convenio Colectivo de la Empresa Ge Grid Solutions, S. A., (2019-2022), II Convenio Colectivo Cor Outsourcing, SL, XI Convenio de Trabajo del Personal Laboral de la Diputación de Valencia, Sector no Sanitario, (2019-2022), Convenio Colectivo Valeo Termico, S.A.U (2021-2022), Convenio colectivo de la empresa restaurantes Mcdonald’s S.A.U. Islas Baleares (2019-2022), Convenio colectivo de trabajo para la actividad de transporte de mercancías por carretera de Grupo Logístico Amedo SLU, (2020-2025), Convenio Colectivo de la empresa Modine Cis Guadalajara, S.A.U. (2022-2023), Convenio Colectivo para el personal de la Real Federación Andaluza de Fútbol (2022-2025), Convenio Colectivo de la empresa municipal de aguas de Cádiz, S.A (2021-2024), Convenio Colectivo de la Empresa Urbaser, SA (Servicio de Limpieza Pública Viaria y Recogida Rsu De Ripollet) (2020-2023), V. Convenio Colectivo de terminales portuarias, S.L.U. Centro de trabajo de Zierbena (2021-2023), Convenio Monporsa 2022, Talleres Gallarreta Lantegiak, S.L. Convenio 2022-2024, Convenio Colectivo de “Armadores de Burela, S.A.” (ABSA) 2022, Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas Norbega, SLU Convenio colectivo (2021- 2023), Convenio Colectivo de trabajo del centro de Abrera de la empresa grupo general cable sistemas, S.L. (2021-2023), Primer Convenio Colectivo para la empresa Escuela Superior de Diseño de Valladolid (2022-2026)

De igual forma, nos parece interesante reseñar que algunos convenios pretender prever y acoger en su articulado las subsiguientes modificaciones legislativas que se establezcan conforme a la ultraactividad. Así por ejemplo procede el Convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana (2015-2017): “[...] Sin perjuicio de lo establecido en el presente apartado, las partes asumen el compromiso obligacional de incorporar al texto del convenio colectivo las modificaciones legales que pudieran entrar en vigor respecto a la regulación de la ultra-actividad” (art.4)

De manera más completa, un análisis sobre denuncia y ultraactividad de los convenios, realizado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)<sup>38</sup>, que estudia 9.135 convenios registrados por las autoridades laborales desde el 8 de enero de 2016 al 30 de junio de 2021, refleja, en cuanto a ultraactividad, que el 63,7% de los convenios estudiados, afectando a un 59% de las personas trabajadoras, mantenían la situación anterior a la reforma de 2012, esto es la permanencia de la vigencia del contenido normativo o total del convenio hasta la firma de un nuevo convenio. La solución de la reforma laboral de 2012, es decir una ultraactividad limitada a solo un año, era la opción de un 24,1% de los convenios que afectaban a un 23,2% de los trabajadores, opción minoritaria, aunque no despreciable, de ahí que señalase con anterioridad que la reforma de 2012 tuvo efectos negativos aunque más limitados de los potenciales.

Del resto de convenios, que utilizaban la posibilidad de pactar cualquier otro tipo de solución, establecían una ultraactividad inferior a un año o directamente, la inexistencia de la misma, solo el 2,9% de los convenios, afectando a un 1,9% de las personas trabajadoras. Mientras que optaban por una ultraactividad no indefinida pero larga, superior a 12 meses, un 9,3% de los convenios, afectando a un 15,8% de las personas trabajadoras.

La tendencia marcaba, además, un progresivo crecimiento de los convenios que optaban por la ultraactividad hasta la firma de un nuevo acuerdo, pasando del 59,6% en 2016, hasta el 69,5% en 2021; simultáneamente disminuían los que se acogían a la solución legal de la ultraactividad limitada a un año, desde el 26,5% que suponían en 2016, hasta el 20,8% en 2021.

Puede concluirse, pues, que en la materia se produjo una cierta regresión, si bien afectando a una minoría de convenios y personas trabajadoras, posiblemente por la funcionalidad de la solución de la ultraactividad indefinida, que

---

<sup>38</sup> CCNCC “Estudio sobre denuncia y ultraactividad”, Boletín CCNCC, nº 80, noviembre 2021.

evita vacíos reguladores y que por tanto es adecuada también para numerosos empleadores, especialmente si no se plantean negociaciones regresivas; también por la labor sindical, y claro es que también por la labor jurisprudencial que, ante el riesgo de que la pérdida de vigencia de un convenio sin que otro cubriese su ámbito provocase un amplio efecto desregulador, asumió una de las soluciones que doctrinalmente se habían defendido, la de la contractualización de las condiciones del convenio que perdía su vigencia, entendiendo que las mismas se habían incorporado tácitamente al contrato de trabajo de quienes ya habían disfrutado de ellas. La solución planteaba problemas de compleja solución porque la contractualización no alcanzaba al personal de nuevo ingreso en la empresa, ni cerraba la posibilidad de que, vía modificación sustancial de las condiciones de trabajo - *ex art. 41 ET* -, se alterasen estas al haber pasado a ser condiciones contractuales, además de que tampoco impedía totalmente la regresión porque, si había un convenio superior que cubriese el ámbito que quedaba sin convenio propio, se aplicaba ese convenio superior aunque fuese menos favorable<sup>39</sup>; aun así, sin duda, evitó bastantes vacíos de regulación y, aunque parcialmente, las posibilidades de regresión en las condiciones laborales. En efecto, tal y como veníamos diciendo las reglas de vigencia ultraactiva del convenio introducidas a partir de la reforma dejan entrever un cambio de orientación en los procesos de negociación.

#### D.4. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA\*

##### D.4.1. La concurrencia de convenios: evolución y finalidad

Desde esta perspectiva, el fundamento de la regulación de la concurrencia realizada por este precepto estatutario reside, por un lado, en la misma obligación de las partes negociadoras de respetar el contenido de lo negociado en el ejercicio de su autonomía, vinculándose o sujetándose a lo pactado —v.g. interés contractual o *Pacta sunt Servanda*, según art. 82.3 ET—, y en la eficacia general reconocida legalmente a los convenios colectivos estatutarios. Una y otra regla constituyen, pues, el fundamento de una regulación que históricamente ha implicado un factor de resistencia normativa, bien legal bien convencional, a la fragmentación de los acuerdos o convenios colectivos.

<sup>39</sup> Al respecto de la solución general pueden verse, por ejemplo, STS 22/11/14, Rec. 264/14; STS 18/05/16, Rec. 100/15 y STS 25/07/18, Rec. 3584/16. Salvo que se indique expresamente lo contrario las sentencias corresponden siempre al orden jurisdiccional social y sobre la aplicación del convenio superior, por ejemplo: la STS 24/01/18, Rec. 72/17 y, en el mismo sentido, entre otras, STS 05/06/18, Rec. 427/17 y 10/07/18, Rec. 2730/16

\* Apartado realizado por los profesores de la Universidad de Granada: José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ; Belén del Mar LÓPEZ INSUA y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO.

Otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno carecen de reglas legales expresas en materia de concurrencia, desplazándose la solución bien al Derecho Convencional, mediante la autorregulación por las partes negociales, bien al Derecho Judicial, a través de una actividad integradora de la jurisprudencia mediante el recurso a los principios generales informadores del Derecho Sindical o a los criterios de interpretación analógica. En cambio, en nuestro Derecho, contamos con una larga tradición de soluciones heterónomas específicas a esta cuestión, plasmada también en el Estatuto de los Trabajadores. Esta intervención legislativa se suele conectar estrechamente al mismo mandato constitucional al legislador de garantizar la «fuerza vinculante de los convenios».

Ahora bien, desde la reforma de 1994 y las siguientes, las finalidades u objetivos buscados o perseguidos por la norma se han ido ampliando, implicando una mayor complejidad.

1.º En primer lugar, cabe afirmar que el problema de selección de la norma efectiva y concretamente aplicable entre las varias concurrentes en la regulación se resuelve, en el artículo 84 ET, conforme a un criterio distinto al principio de favor, por lo que no se revela en modo alguno como una garantía de mejora del contenido de los convenios, tal y como sucede en otros ordenamientos —v.g. Derecho francés—, optando por un *criterio de preferencia cronológica*. La regla general acogida por el artículo 84 ET, pues, constituye una *excepción de alcance general al principio de norma más favorable* establecido en el artículo 3.3 ET.

2.º En segundo lugar, y por lo que refiere al problema del grado o margen de disponibilidad que tales reglas permiten de la eficacia jurídica del convenio, esta regla general se revela como una *garantía efectiva de la inmunidad, intangibilidad e indisponibilidad del convenio anterior respecto del posterior*, en cuanto que la prohibición de no afectación o de concurrencia conflictiva, así como de paralela preferencia por el convenio «prior in tempore» pretenden actuar más en vía previa que en vía posterior o reparadora. En este sentido, tales reglas pretenden servir como instrumento de prevención de la concurrencia de un convenio posterior respecto de otro anterior vigente.

3.º En tercer lugar, respecto de la estructura de la negociación colectiva, el funcionamiento desigual que la regla de concurrencia del artículo 84 ET tiene según la dimensión del convenio afectante, en beneficio de los convenios de ámbito superior respecto de los de ámbito inferior, ha venido significando *un factor de centralización en el proceso y estructura de la negociación colectiva*. Ahora bien, la reforma de 1994 estableció un nuevo supuesto normativo y una nueva regla de concurrencia en el artículo 84, que excepciona la regla general, primando la creación de ámbitos autónomos de negociación de dimensión territorial más

reducida, con lo que se introduce un instrumento descentralizador del sistema de negociación colectiva. Esto facilita la creación de unidades de negociación nuevas, inferiores o descentralizadas, incentivando en particular la creación de marcos autonómicos de relaciones laborales.

Por su parte, la reforma llevada a cabo por el RD-L 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (y más aún con la reforma realizada después por la Ley 3/2012, de 6 de julio), estableció la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre un convenio de ámbito sectorial en relación con determinadas materias que se consideran más cercanas a la realidad de las empresas. Pero el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral ha modificado el art. 84.2 ET, matizando esta aplicación preferente del convenio colectivo de empresa (se han excluido los aspectos relativos a la cuantía salarial) a efectos de reforzar el convenio sectorial. No obstante, el artículo 84 mantiene formalmente la misma estructura normativa de regla prohibitiva o de no afectación, de norma con valor de principio general aunque condicionado por determinadas excepciones.

Debe recordarse que la regla general del artículo 84 es una restricción al principio de libertad de elección de unidades y de negociación, a su vez contenido básico de los derechos constitucionales de libertad sindical y de negociación colectiva. En cualquier modo, sigue manteniendo una estructura tripartita que puede ser reconstruida de la siguiente manera:

(a) Descripción de los supuestos de hechos normativos, o situaciones particulares de concurrencia, para los que está previsto. A saber:

—afectación de un convenio colectivo durante su vigencia por lo dispuesto en convenio de ámbito distinto —*concurrencia conflictiva u opositora*—.

—afectación de un convenio colectivo de ámbito superior por lo dispuesto en otro ámbito de dimensión más reducida —*concurrencia afectante descentralizadora*—.

(b) Fijación de las consecuencias jurídicas o reglas de concurrencia que se establecen para tales supuestos:

—Regla general de desafectación de convenios: se concreta esta regla en una prohibición de concurrencia con la consiguiente prevalencia del convenio prioritario temporalmente —*prior in tempore*—, «salvo pacto en contrario» y salvo que se trate del supuesto siguiente.

—Prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa (o del convenio de grupo de empresas o de empresas vinculadas) respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en determinadas materias (las relativas a las principales condiciones de trabajo, excepto los aspectos salariales).

—Licitud de la afectación entre convenios: se concreta en la regla, también de alcance general, de libre disponibilidad relativa del ámbito del convenio superior estatal anterior por el convenio inferior autonómico posterior, con la consiguiente regla de prevalencia de éste sobre aquél.

(c) Establecimiento de matizaciones o criterios cautelares a las reglas precedentes (salvo a la preferencia aplicativa del convenio de empresa, que no podrá ser limitada por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET) que significan o salvedades a la regla fijada con carácter general o remisiones, implicando en el primer caso una apertura hacia la concurrencia —«de conformidad a lo dispuesto en el número dos del artículo ochenta y tres»—, y en segundo una limitación de la concurrencia descentralizadora, recuperando la preferencia del convenio de ámbito superior —materias «no negociables», requisitos de procedimiento. En estos casos, podemos leer estas precisiones o matices como expresión de la centralidad de un principio absolutamente básico de toda ordenación de relaciones entre normas, el principio de competencia, cuyo juego principal resulta obligadamente complementado por principios tales como los de subsidiariedad, no concurrencia y prevalencia, todos ellos presentes en diferente medida en el propio art. 84.

El art. 84 forma parte del grupo normativo de la regulación de la complementariedad y de la concurrencia de acuerdos y convenios colectivos. Por tanto, hay que ponerlo en relación, en primer lugar, con el artículo 3.3 ET, sobre conflictos entre preceptos de normas estatales o paccionadas, respecto del cual ya se ha señalado que mantiene una relación de preferencia o preeminencia. En segundo lugar, con el artículo 83.2 ET, al que remite en el inciso final del párrafo primero del art. 84 ET, relativo a los acuerdos interprofesionales o convenios-marco, y en particular a sus cláusulas que han de fijar las reglas de resolución de los «conflictos de concurrencia» entre convenios de distinto ámbito. La relación en este caso, como veremos, es de supletoriedad, aplicándose la regla general sólo en defecto de una diversa regla convencional.

Pero también hay que poner en relación las reglas del artículo 84 ET con otro supuesto excepcional, cuya relación no aparece claramente recogida en el Estatuto de los Trabajadores, pero cuya incidencia en lo relativo a la ordenación de determinados conflictos de concurrencia y de la estructura de la negociación colectiva es manifiesta. Nos referimos, claro está, a las denominadas «cláusulas de descuelgue», sea ex art. 41 ET, o, especialmente ahora, sea a tenor de lo establecido en el artículo 82.3 ET, que permiten la modificación o alteración de determinadas condiciones de trabajo fijadas en un convenio colectivo vigente y preexistente de ámbito superior a través de la negociación de un acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores en el ámbito de la empresa. Esta

excepción a la regla general tiene la misma orientación descentralizadora de la estructura de negociación colectiva que la prevista en el párrafo segundo del art. 84 ET, si bien no en el ámbito territorial sino en el ámbito funcional, primando el nivel de empresa.

En este sentido, ya el Tribunal Supremo venía declarando<sup>40</sup> “la prioridad cronológica (no atribuye) de una vez por todas mejor derecho de negociación colectiva a unos u otros sujetos negociadores para la regulación de un aspecto normativa o condición de trabajo; la regla del artículo 84 del ET de respeto o no afectación al convenio ya elaborado sólo alcanza lógicamente durante su vigencia; y en principio, de acuerdo con el artículo 86 del ET, los convenios son normas temporales o de duración determinada. No tiene sentido por ello remontarse a los orígenes de la negociación de uno y otro para averiguar cuál de ellos ha regulado antes la materia, ya que en cada vencimiento del término de un convenio se reabre la posibilidad de revisión de sus distintas cláusulas”. De acuerdo con esta sentencia habrá entonces que determinar el momento inicial de vigencia del convenio colectivo (esto es, con la comunicación del inicio de las negociaciones, con la efectiva aplicación del convenio concurrente o al momento de registro del convenio en la oficina pública). La doctrina considera que, entre estas tres opciones, la más segura es la de fecha de registro del convenio concurrente. En efecto, a través de esta vía se evita el riesgo de acogerse a una mera expresión de voluntades que podría no finalizar con éxito o, si se optase por la de la fecha de su efectiva aplicación, porque se dejaría al arbitrio de la voluntad de las partes en cuanto a su verdadera efectividad.

La evolución de este principio de prioridad aplicativa a seguido distintos caminos, tal y como se explica gráficamente. Así es, la reforma de 2012 vino a introducir una nueva excepción a la regla general, con un nuevo apartado 2 en el artículo 84, que permitía la negociación de un convenio colectivo de empresa (y de grupo de empresas o en red) en cualquier momento durante la vigencia del convenio colectivo de ámbito superior, dotándole de prioridad aplicativa sobre un determinado elenco de materias.

Dicha excepción no alteró la regla general. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015 cambió sustancialmente las reglas del juego y consideró que “la prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio y durante el período de ultraactividad del mismo, puesto que durante dicho período de ultraactividad se mantiene la expectativa de negociación de un nuevo convenio colectivo (...) por consiguiente, durante el plazo de ultraactividad establecido legalmente siguen en

---

<sup>40</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1992.

vigor también las cláusulas obligacionales y además la finalidad de ese período es la negociación del nuevo convenio, la conclusión es que la prohibición de concurrencia subsiste durante el período de ultraactividad”.

La consecuencia inmediata, con carácter general, fue que a partir de ese momento los convenios de empresa, una vez finalizados y renovados solo tenían cabida bajo el supuesto del apartado segundo del artículo 84, quedando subordinados al convenio colectivo sectorial de aplicación, salvo en las materias indicadas por el propio artículo 84.2, quedando a salvo de este efecto únicamente aquellos convenios de empresa cuyo ámbito se había blindado previamente manteniendo su vigencia por la vía de la prórroga (y no de la ultraactividad) o por la existencia de un acuerdo previo en los términos del artículo 83.2 del ET (resolución de conflictos de concurrencia) en el seno del convenio sectorial.

Afortunadamente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de octubre de 2021, ha rectificado, considerando que “la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos que proclama como regla general el artículo 84.1 ET se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez que el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea la prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET”.

En este escenario ha visto la luz el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. El mismo, en su artículo primero, apartado nueve, ha suprimido el apartado a) del artículo 84.2, es decir, mantiene la posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa durante la vigencia del convenio colectivo sectorial de ámbito superior suprimiendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial en cuanto a la cuantía del salario base y de los complementos salariales.

Por tanto, el convenio de empresa resultará de aplicación prioritaria no solo en materia retributiva, sino en todas sus materias, en función de su fecha de vigencia en relación con el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, así:

1. Si el convenio de empresa se registra en la oficina pública competente una vez finalizada la vigencia del convenio sectorial (es decir, durante su período de ultraactividad) y antes de que este (el sectorial) sea registrado ante la oficina pública, resultará plenamente de aplicación, sin reservas, en atención a lo dispuesto en el artículo 84.1 del ET.

2. Si, por el contrario, el convenio colectivo de empresa negociado durante su período de ultraactividad (y no durante su prórroga) se ha presentado a registro ante la oficina pública competente encontrándose vigente el convenio sectorial (y no existiendo acuerdo en los términos del artículo 83.2 del ET en el convenio sectorial), pasará a regirse por lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET.

#### **D.4.2. La intangibilidad de convenios vigentes como regla general**

Respecto a los elementos integrantes del denominado «supuesto de hecho normativo» del párrafo primero del artículo 84 ET, a tenor del cual, «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto...», es obligado realizar las siguientes precisiones. A saber:

—Coincidencia simultánea de convenios colectivos aplicables a las mismas relaciones de trabajo, con la consecuente entrada o penetración del ámbito de aplicación de uno de ellos en el propio del otro.

Esta exigencia de coincidencia temporal, elemento esencial del concepto de concurrencia y claramente definida en la ley al requerir que tal coincidencia se produzca «durante su vigencia» —cfr. STS 28.3.1994, 26.1.2004; *Vid.* también STS 1.12.2015 y STS núm. 226/2021, de 13 de enero—, sirve para diferenciar con razonable nitidez este supuesto del relativo a la sucesión de convenios colectivos (STSJ País Vasco 7.2.2006), cuyos presupuestos e implicaciones son bien diferentes, al menos en la mayoría de las modalidades de la sucesión seguidas en la práctica de nuestra negociación colectiva.

—Divergencia o colisión de contenidos de las normas en presencia —concurrencia conflictiva—, lo que implica un determinado tipo de relación entre las diferentes normas convencionales en presencia, caracterizada por la colisión u oposición de contenidos o presupuestos del convenio.

Este rasgo lo diferencia de la técnica de complementariedad, que es otro criterio o modalidad de ordenación de las relaciones internormativas de tipo convencional, y que implica un reparto de materias o aspectos normativos, según un esquema de distribución previsto legal o convencionalmente.

—La afectación del ámbito de aplicación de un convenio por otro de ámbito distinto —de lo contrario, esto es, si tuvieran el mismo ámbito, estaríamos ante un supuesto de derogación lisa y llanamente *ex art.* 86.4 ET—.

Esta norma no regula todas y cada una de las posibles modalidades de relaciones concurrenciales entre convenios colectivos, sino tan sólo una de ellas, que

presenta una dimensión singular o especial dentro del género más amplio de este tipo de relaciones internormativas. A juicio de la doctrina mayoritaria, aunque no pacífica al respecto, un convenio es afectado por otro cuando sus cláusulas son sustituidas, modificadas o de alguna forma «menoscabadas» por las cláusulas del convenio «afectante» —v.g. cláusulas modificativas del contenido regulador— (de alteración con proyección permanente habla la STS 27.12.1994). No se trata de una simple injerencia sino de la desnaturalización o desvirtuación del equilibrio contractual cristalizado en un convenio por la pretensión de otro posterior de introducir una regulación que altera sus presupuestos.

No son concurrentes, en cambio, las normas de mínimos de un convenio respecto de las normas de mejora de los mismos previstos en otro, puesto que se trata de relaciones de complementariedad y no de conflictualidad. Tampoco lo son las regulaciones complementarias, según se ha señalado, si bien no se descartan zonas fronterizas entre uno y otro supuesto —v.g. convenios no articulados entre sí que regulan materias distintas para las mismas relaciones de trabajo, cuyas dudas de calificación jurídica no puede darse por anticipado sino tras una indagación de la voluntad contractual de las partes negociadoras—. Tampoco aparece el conflicto de yuxtaposición cuando dos convenios franja o de grupo profesional regulan aspectos diferentes de la movilidad en una determinada categoría —cfr. STS 29.1.1992—. Ni estamos ante el supuesto de afectación en los casos de eventuales incidencias posteriores en el ámbito de que se trate sobre materias no contempladas en el mismo —cfr. STC 11/81, de 8 de abril, que admite la legalidad de la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando su finalidad no sea la de alterarlo—. Igualmente se excluye la concurrencia entre un pacto colectivo singular, vinculado a acuerdo logrado en periodo de consulta por expediente de regulación de empleo, con la regulación convencional general, por faltar el presupuesto normativo mismo, la afectación —STS 27.12.1994—.

Se requiere el carácter estatutario de los convenios colectivos concurrentes, con lo que se reduce su campo de aplicación únicamente a los supuestos de concurrencia de instrumentos normativos con las condiciones de forma y fondo previstas en el Título III del ET —cfr. SS.TS 17 y 27.10.1994, 14.2.1996, 26.1.2004—.

Esta posición restrictiva, sin embargo, tiene una dimensión claramente flexibilizadora de la prohibición, pues uno de los principales argumentos en contra de una interpretación extensiva o analógica reside en los efectos inconvenientes o disfuncionales, en términos de rigidez, que para el sistema tendría su generalización como criterio de ordenación del entero sistema de negociación colectiva. La licitud de la afectación de un convenio colectivo por un pacto extraestatutario conduce la solución del problema, pues, no al ámbito del art. 84 sino a la regla del art. 3.3 ET: el de la norma más favorable, que al tiempo que permite una flexibilidad razonable en la regulación de origen profesional, evita una frag-

mentación excesiva de las disposiciones convencionales, que podría llevar a la incertidumbre e incluso a la arbitrariedad en su aplicación.

Por lo que refiere a la «sanción jurídica» de tal presupuesto o regla de solución del conflicto que representa la concurrencia, el artículo 84, establece una doble regla:

—La prohibición de afectación (cláusula legal de desafectación) o intangibilidad del contenido —incompatibilidad objetiva entre cláusulas de distintos convenios (de garantía de indemnidad frente a la invasión, total o parcial, de otro convenio colectivo de la misma clase y de ámbito distinto, habla STS 27.12.1994)— y/o presupuestos del convenio —incompatibilidad derivada de la voluntad cerrada de las partes negociadoras—, por un lado, y

—El principio de preferencia o prevalencia del convenio anterior en el tiempo respecto a aquel convenio posterior que altera «ante tempus» los contenidos o presupuestos del ya concluido —cfr. este papel decisivo reconocido a la cronología en STS 29.1.1992, STS 1045/2018, de 12 de diciembre, STSJ Madrid, 13.6.1997—.

La aplicación de esta regla se traduciría básicamente en la aplicación de una «preferencia de paso» sobre el convenio posterior, cuya vigencia quedaría, así, suspendida o aplazada hasta la terminación de la vigencia del primero (incluyendo la ultraactividad, STS 1045/2018, de 12 de diciembre, matizada por la STS 958/2021, de 21 de octubre, que limita a vigencia ordinaria del convenio y, los casos de ultraactividad, cuando subsista la unidad de negociación), reabriéndose la posibilidad de revisión «en cada vencimiento del término...» —STS 23.10.2012—. De este modo, esta regla supone la adopción de un criterio singular respecto de sus antecedentes históricos y de las normas de concurrencia de otros ordenamientos, al consagrar el principio de preferencia o prevalencia del convenio temporalmente anterior, independientemente de su ámbito, confirmando lo que es un principio de ordenación normativa conforme al principio de competencia y no conforme al principio de jerarquía normativa, que juega sólo de forma externa, esto es, en las relaciones de los convenios con la ley, hacia arriba, y con los contratos individuales —incluso, según la mayoría, colectivos pero extraestatutarios—, hacia abajo.

#### **D.4.3. Las excepciones a la regla general**

##### *D.4.3.1. Primera excepción: concurrencia convencional*

Una primera posibilidad de ruptura de la regla general prohibitiva del artículo 84 ET aparece con el reconocimiento de su naturaleza dispositiva para la autono-

mía colectiva, en relación a la cual mantiene una relación de estricta supletoriedad, esto es, la regla legal será de aplicación única y exclusivamente en defecto de «pacto en contrario». Esta vía ha tenido hasta el momento un escaso seguimiento en nuestra práctica de negociación colectiva. Sobre la propia libertad contractual o negocial de las partes recae la tarea de organizar el equilibrio real o efectivo de intereses contrapuestos implicados en el fenómeno de la concurrencia, según un sistema que se entiende comúnmente como el más correcto y el que menos dificultades de aplicación suscita.

Ahora bien, esta disponibilidad de la regla general por parte de la regla convencional, al menos en la redacción literal del precepto, parece configurarse en la ley como relativa o condicionada, en cuanto estaría limitada mediante la previsión expresa de garantías de orden procedimental, a las que habría que añadir garantías de orden material o sustantivo, relativas al contenido concreto de las reglas de concurrencia a fijar por los convenios. Ambos tipos de límites, sin embargo, son interpretados de forma restrictiva por la jurisprudencia.

Por cuanto concierne a los límites de tipo procedimental, el art. 83.2 ET, tras su reforma, permite la disponibilidad de la regla general prohibitiva por acuerdos marco o por convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, que podrán orientar la negociación y aplicación en unidades inferiores, bien articulándola, bien admitiendo la concurrencia de convenios bien fijando reglas de solución de estos conflictos —cfr. STS 23.10.1995 o STS 26/2021, de 13 de enero—. Se tratará de una concurrencia articuladora del propio proceso y de la estructura de negociación, cuyo objetivo sería más que centralizar —criterio inspirador de la regla general prohibitiva— racionalizar la pluralidad y diversidad del sistema sin anularla, neutralizarla o reducirla.

Por lo que refiere a los límites de fondo a la autonomía colectiva a propósito de esta conexión del artículo 84 ET y el art. 83.2 ET, aunque no fijados expresamente, se han intentado deducir del propio contenido esencial de los derechos constitucionales a la libertad sindical y a la negociación colectiva, así como de la propia garantía constitucional y legal de la «fuerza vinculante» de los convenios. Esto determinaría una limitación de las reglas convencionales a regulaciones de tipo complementario, de forma articulada o en cascada, reservando para cada ámbito —ascendente o descendente— la regulación de determinadas materias y aspectos, descartándose la posibilidad de establecer prohibiciones absolutas de negociar en un determinado ámbito. Sin embargo, una interpretación sistemática de estos dos preceptos, pone de relieve una plena apertura por las reglas convencionales a cuantos criterios de determinación de la norma aplicable en situaciones de concurrencia consideren más adecuados para el equilibrio de intereses, naturalmente en el respeto a la ley y a la Constitución —cfr. STS 18.12.1990—.

Sin embargo, el pacto en contrario contemplado en el art. 84 del ET no es una garantía plena de flexibilidad, pues en atención al concreto tipo de reglas adoptadas, ciertamente, podrá realizarse tanto una flexibilización profunda de la prohibición de concurrencia, hasta invertir formal y prácticamente sus términos, cuanto un endurecimiento de la misma, introduciendo elementos de mayor rigidez. De ahí, el significado realmente flexibilizador y descentralizador de la segunda excepción.

#### *D.4.3.2. Segunda excepción: concurrencia descentralizadora*

En su funcionamiento práctico, la regla prevista en este párrafo primero del artículo 84 del ET, tiene un triple efecto convergente: un efecto eminentemente centralizador sobre nuestro sistema de negociación colectiva, por un lado; un efecto de estabilidad de los procesos negociadores, por otro; y un efecto de consolidación de sus estructuras prefijadas, finalmente.

Precisamente, para contrarrestar este efecto centralizador se establecen dos mecanismos distintos en el art. 84 ET:

1. Por un lado, la reforma llevada a cabo por el RD-L 7/2011, de 10 de junio, trató de propiciar una negociación colectiva más cercana a la empresa, que permita ajustar con prontitud las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviese la empresa en los diferentes momentos de la coyuntura económica, facilitando la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa. Esta prioridad aplicativa no se aplicaría, sin embargo, cuando un acuerdo interprofesional o convenio colectivo estatal o de Comunidad Autónoma conforme al art. 83.2 del ET fijase reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o sobre concurrencia de los convenios. Sin embargo, la posterior reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral fue más lejos en la búsqueda de la descentralización, favoreciendo a ultranza la negociación colectiva empresarial. La prioridad aplicativa del convenio de empresa se aplicará, en cualquier caso, sin que un acuerdo interprofesional ni un convenio colectivo estatal o de Comunidad Autónoma pueda limitarla. Además, el convenio de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior. Conforme al art. 84.2 del ET, «la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior» (téngase en cuenta que el art. 84.2 del ET ha sido declarado conforme a la Constitución por la STC 119/2014, de 16 de julio, fjº. 5º).

El RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, ha limitado parcialmente esta preferencia aplicativa de los convenios de empresa, tratando de fortalecer el convenio sectorial. La reforma laboral pretende en este punto asegurar las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos «no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada». Se pretende equilibrar la fuerza vinculante de los convenios sectoriales con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, de forma que esta descentralización de la negociación colectiva no distorsione la capacidad competitiva de las empresas ni reduzca las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Por ello se modifica el art. 82.4 ET, suprimiendo de entre las materias que pueden negociarse en el convenio de empresa con prioridad aplicativa respecto de los convenios colectivos de ámbito superior la regulación de «la cuantía del salario base y de los complementos salariales» [anterior apartado a) del art. 84.2 ET]. La finalidad de esta reforma es que los convenios de empresa se comporten como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo a la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, así como la fijación de la duración de la jornada.

Para ello el art. 84.2 ET establece, en la regulación actual tras su reforma, que las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) el abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; b) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; c) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; d) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; e) las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; f) aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2. La misma prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas a que se refiere el art. 87.1 del ET.

2. Por otro lado, para incentivar la creación de marcos autónomos de negociación colectiva y, consecuentemente, de relaciones laborales, la reforma de 1994 introdujo una importante excepción, en la línea de legitimar y fomentar prácticas de concurrencia afectante descentralizadora de la estructura de la ne-

gociación colectiva, al margen incluso de las reglas fijadas por un acuerdo marco, según la expresa autorización legal que acabamos de ver —art. 84 párrfs. 1 y 2 ET—. Así, a tenor del párrafo segundo del art. 84, se permitía la concurrencia entre un convenio colectivo de ámbito superior —funcional y/o territorialmente— vigente con anterioridad y uno posterior de ámbito territorial o funcional inferior, pero siempre superior a la empresa —v.g. de Comunidad Autónoma, interprovincial, provincial, local... (SSTS 29.1.1997, 2.12.1996). Con la reforma de 2011, los apartados 3 y 4 del art. 84 del ET tratan de favorecer una negociación colectiva más articulada, situada en los ámbitos territoriales superiores, aunque estableciendo la posibilidad de afectación del convenio estatal solo por los convenios de Comunidad Autónoma. De esa forma, el actual art. 84.3 del ET solamente permite la concurrencia entre un convenio colectivo de ámbito estatal vigente con anterioridad y uno posterior de Comunidad Autónoma. Así, salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 del ET, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación (arts. 87 y 88 del ET) podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

No obstante, se considerarán (salvo que resulte de aplicación un régimen distinto establecido conforme al art. 83.2 del ET) materias no negociables (es decir, que la afectación no será posible) en el ámbito de una Comunidad Autónoma: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

#### *D.4.3.3. Tercera excepción*

El estudio de las reglas de concurrencia, y en particular de las excepciones a la regla general debe completarse con otras referencias legales que no aparecen demasiado claramente expuestas en la actual regulación, fruto tanto de la reforma de 1994 como de las más recientes reformas estatutarias.

Así, un tercer tipo de excepciones provienen de la autorización otorgada por una norma especial para concluir acuerdos modificativos de convenios colectivos vigentes y preexistentes de ámbito superior, mediante la negociación con los representantes de los trabajadores a nivel de empresa (SSTS 15 y 24/2021, de 13 de enero y 156/2021, de 3 de febrero). Este es el caso de las cláusulas de descuelgue o inaplicación (arts. 41 y 82.3 ET), previstas en determinadas circunstancias económico-organizativas, que traduce una opción legislativa de signo flexibilizador similar a la actuada con la segunda excepción, si bien en el ámbito de la empresa y no en el de la autonomía territorial, con lo que en cierta medida se recupera el principio de especialidad o especificidad.

#### D.4.3.4. Cuarta excepción

Una cuarta excepción a la regla general fijada en el art. 84 ET estaría constituida por aquellos supuestos en los que en el ET, en diferentes preceptos, aparece la regla legal de preferencia o prevalencia de los convenios colectivos de sector estatales —sólo en su defecto, de ámbito geográfico inferior, e incluso en algún caso de empresa— respecto de cualesquiera otros. En estos casos, la vigencia sobrevenida de un convenio de sector, preferentemente estatal, que afecte a la regulación contenida en convenios sectoriales anteriores de ámbito inferior, determinará el efecto de desplazar o sustituir la aplicación de las previsiones de éstos por las suyas propias sobre tales materias, excepcionando la regla general del *prior in tempore*.

Supuestos de este tipo, que en cierta medida pueden caracterizarse, por oposición o contraste con la segunda excepción, como concurrencia centralizadora y estatalizadora, aparecerían en relación a la regulación convencional de determinadas modalidades de contratación, tales como el contrato formativo, de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional, así como del contrato por circunstancias de la producción —v.g. arts. 11.2, 11.3 c) y 11.4 art. 15.2—. En esta dirección, conviene tener presente la recomendación del AINC de configurar el convenio sectorial nacional como la unidad típica u ordinaria de negociación, configurándose el convenio de rama de actividad bien como «única norma convencional» bien de carácter concurrente con otros—v. cap. IV, 11 AINC—. No obstante, el II Acuerdo de Empleo y de Negociación Colectiva 2012-2014 (II AENC) trató de impulsar una mayor descentralización de la negociación colectiva y el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020, que prorroga el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (aún no se ha conseguido firmar el V AENC por el desacuerdo entre las partes), salvo en lo que se oponga a lo suscrito en el IV Acuerdo, deja implícitamente la situación en los mismos términos.

### D.5. EL DESCUELGUE EMPRESARIAL\*

#### D.5.1. Líneas normativas generales del descuelgue o inaplicación de condiciones pactadas en convenio

Es innegable el papel del descuelgue como instrumento de flexibilidad interna<sup>41</sup>. En líneas generales el vulgarmente llamado descuelgue (sería más

---

\* Apartado realizado por Juan GORELLI HERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

<sup>41</sup> SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* n° 140 (2017), págs. 313 y 314.

apropiado referirse a esta institución como inaplicación de condiciones de trabajo) es un instrumento dirigido a evitar la aplicación de un convenio colectivo estatutario. Se pretende así evitar la eficacia normativa y subjetiva general de los convenios colectivos. Es decir, a través de este mecanismo, los sujetos con legitimación suficiente para negociar un convenio colectivo, tiene la posibilidad de inaplicar ciertas condiciones de trabajo establecidas y reguladas en el convenio que les resulta de aplicación (como veremos es una posibilidad limitada materialmente, de modo que sólo puede inaplicarse ciertas condiciones de trabajo, no todo el contenido del convenio); más aún, pueden sustituir tales condiciones por una regulación diferente. La lógica de este mecanismo no es sino sustituir condiciones aplicables, por una regulación de carácter inferior; es decir, un empeoramiento de las condiciones de trabajo. Por lo tanto, para que haya descuelgue de condiciones no sólo es necesario proceder a la inaplicación de la regulación convencional; además, es necesario alcanzar un acuerdo sobre la regulación que va a sustituir a la anterior.

De otro lado, como veremos, dicha posibilidad requiere de una causa: económica, técnica, organizativa o de producción. Se trata, por tanto, de una institución causal. De la exigencia de tales causas se evidencia que estamos ante un mecanismo que tiene una evidente conexión con una situación “apurada” o “difícil” de la empresa; de esta manera el descuelgue es un instrumento que facilita el legislador para que las empresas puedan adaptarse mejor a las cambiantes circunstancias que pueden sufrir.

Teniendo en cuenta los elementos antes señalados, debemos señalar que el descuelgue se concibe, fundamentalmente, como un instrumento para dar solución a situaciones coyunturales. No se trata de un instrumento que deba ser usado con una finalidad estructural, la de competir con otras empresas del sector, sino como respuesta a una necesidad de carácter coyuntural. Por tanto, no debería acudir al descuelgue con el objetivo de abaratar costes de trabajo para así tener ventaja respecto de la competencia. No obstante, una cosa es la previsión de la figura y otra bien distinta es cómo sea utilizada por las partes. Justamente es lo que ha ocurrido con la prioridad aplicativa del convenio de empresa que, en vez de utilizarse como instrumento coyuntural, se ha utilizado para resolver el problema estructural de la competitividad empresarial y de ahí la supresión de la prioridad del convenio de empresa en materia salarial.

Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa son dos instituciones de similar factura, no sólo en cuanto a las condiciones a las que pueden afectar, sino también en el objetivo que se persigue: facilitar a las empresas un ámbito para que a ese nivel puedan regular ciertas condiciones de trabajo y adaptarse mejor a sus concretas circunstancias; un objetivo, por cierto, propio de

la flexibilidad interna. Podemos decir que son dos mecanismos que persiguen el mismo objetivo, si bien a través de dos procedimientos diferentes, que implican a la negociación colectiva.

Por otra parte, también debemos destacar la conexión del descuelgue con la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio. De hecho, puede constatarse la existencia de un sector doctrinal que con carácter previo al importante proceso de reformas 2010-2012, defendía la posibilidad de que el art. 82.3 ET pudiese aglutinar no sólo el descuelgue salarial, sino un procedimiento general de descuelgue, desligado de la regulación del art. 41 ET y que presentase una regulación autónoma de dicha normativa, y que no pudiera ser controlado por parte de la negociación superior<sup>42</sup>. No se ha regulado en este sentido, pero es innegable la conexión con el art. 41 ET; de hecho el art. 82.3 ET al regular el procedimiento de descuelgue, se remite al art. 41.4 ET.

La principal duda teórica en estos casos es si el descuelgue como instrumento de flexibilidad interna supone violar el derecho a la negociación colectiva, pues implica la pérdida (parcial) de fuerza vinculante de los convenios. A priori, y teniendo en cuenta el procedimiento de descuelgue, en el que entra en juego la propia negociación colectiva entre partes legitimadas (en principio se requiere acuerdo para proceder al descuelgue y para fijar las nuevas condiciones de trabajo), no habría violación alguna del derecho a la negociación colectiva, pues se trata de alterar un mecanismo de negociación colectiva a través de otro mecanismo de negociación colectiva. Sin embargo, se plantearon dudas desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, según el art. 82.3 ET, no siempre va a procederse a la inaplicación del convenio colectivo en base a un acuerdo colectivo alcanzado entre sujetos debidamente legitimados para ello. Como vamos a ver, es perfectamente posible proceder al descuelgue a través de sujetos ajenos a la voluntad de las partes. Me refiero, como no, a los diferentes mecanismos de solución ante la falta de acuerdo, que pueden terminar en un arbitraje de carácter obligatorio. Es decir, se plantea la posibilidad de limitar lo pactado en un convenio colectivo que tiene la consideración de fuente del derecho, a través de un tercero ajeno a las partes, a través de un procedimiento arbitral que no tiene que contar con compromiso arbitral de ambas partes; es decir, hay una intervención heterónoma y se impone la necesidad de acuerdo si no se quiere terminar en una situación de arbitraje. De otro lado, dada la remisión al art. 41.4 ET, es posible que sujetos sin legitimación para negociar un convenio colectivo, puedan proceder a acordar el descuelgue; me refiero a la intervención de comisiones negociadoras *ad hoc*, elegidas por los propios trabajadores cuando en la empresa no

---

<sup>42</sup> PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva”, Relaciones Laborales nº 14 de 2010, pág. 122.

exista el órgano de representación de los trabajadores<sup>43</sup>. De otro lado, también se llegó a cuestionar que una excesiva debilidad en el requisito causal cuestionaría la constitucionalidad de una regulación de estas características<sup>44</sup>.

Desde mi punto de vista la cuestión es interesante, pues la regulación analizada implica la posibilidad de afectar a la propia eficacia del convenio colectivo. Dicho de otra manera, se ignora la fuerza vinculante del convenio, que se reconoce por el art. 37 de la Constitución española<sup>45</sup>. Esta regulación supone normalizar una institución como el descuelgue, que si bien ha existido en regulaciones anteriores, tenía un sesgo claramente excepcional. Sin embargo, hoy es un instrumento normal u ordinario en el marco de la negociación colectiva<sup>46</sup>.

No debemos dedicar a esta cuestión un espacio excesivo, pues es bien conocido que la jurisprudencia constitucional estimó la constitucionalidad de esta regulación<sup>47</sup>. Se admite la constitucionalidad del arbitraje obligatorio para resolver estos conflictos, estimando que la excepcionalidad deriva de la necesidad, atendida por el legislador, de “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo”, todo ello “en un contexto de crisis económica muy grave, como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulta bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedimientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos” (STC 119/2014, de igual

---

<sup>43</sup> En este sentido ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV., *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012, pág. 46.

<sup>44</sup> Sobre la cuestión SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012), pág. 131.

<sup>45</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid, Editorial Reus, 2011, pág. 335.

<sup>46</sup> Sobre la cuestión FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna»”, *Relaciones Laborales* n° 11 de 2011, pág. 25.

<sup>47</sup> *Vid.* por todos SAEZ LARA, C.: *Op. cit.*, páginas 315 y ss.; o QUINTANILLA NAVARRO, Y.: “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 126 (2016), págs. 161 y ss.

manera la posterior STC 8/2015<sup>48</sup>). En definitiva, la excepcionalidad reside en la situación económica del país cuando fue aprobada la norma. Lógicamente ello nos genera el problema de si la norma, constitucional bajo tales circunstancias económicas, deja de serlo cuando las circunstancias económicas sean favorables. En todo caso, no es este el objeto de nuestro análisis, por lo que basta con dejar apuntada esta cuestión.

Si bien el descuelgue de condiciones o la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio es una institución conocida en nuestro ordenamiento reciente, ha venido siendo una institución que se utilizaba en situaciones excepcionales. Las sucesivas reformas 2010-2012 han venido a configurar el descuelgue como una institución que no es extraordinaria, sino que se configura como una posibilidad que puede aplicarse con absoluta normalidad en las empresas.

Una última cuestión debemos destacar en este análisis general: El convenio colectivo que puede ser objeto de descuelgue de condiciones de trabajo es el aplicable en la empresa, “sea este de sector o de empresa” (art. 82.3 ET). Por lo tanto, el acuerdo de descuelgue por el que se procede a la inaplicación, puede afectar bien a los convenios de sector, bien afectar al propio convenio colectivo de empresa, fenómeno que algún sector doctrinal ha bautizado como “autodescuelgue”<sup>49</sup>.

La duplicidad de la tipología convencional que puede verse afectada por el descuelgue obedece, a mi juicio, al hecho de que la actual regulación de la inaplicación del convenio colectivo procede de la refundición de dos instituciones preexistentes, el descuelgue salarial, que afectaba a convenios colectivos de nivel superior y la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, a través de acuerdo de empresa, que se refería siempre a las condiciones pactadas en el convenio de ámbito de empresa.

Por otra parte, es necesario preguntarse si es posible un descuelgue a nivel inferior a la empresa. Entiendo que ello no es posible, pues esta posibilidad no está expresamente recogida en el ordenamiento; debiendo considerarse la posibilidad de inaplicación de condiciones como una medida extrema o extraordinaria, lo que impide ir más allá de los límites establecidos por el legislador. Por otra parte, también debemos tener en cuenta que al configura las causas justificativas del descuelgue, al menos en caso de causa económica, el legislador

---

<sup>48</sup> *Vid.* sobre estas sentencias, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *Op. cit.*, págs. 167 y ss.

<sup>49</sup> CRUZ VILLALON, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012), pág. 235.

se refiere a que de los “resultados económicos de la empresa” se deduzca una situación económica negativa; por lo tanto, lo que va a tenerse en cuenta son las circunstancias de toda la empresa, no de un concreto centro de trabajo.

Señalar, por último, que el art. 83.2 ET no resulta aplicable a los convenios extraestatutarios. Este precepto afecta a convenios estatutarios, a la negociación colectiva del Título III ET. Ello no supone la imposibilidad de alterar condiciones pactadas en convenios extraestatutarios; lo que ocurre es que en este caso el mecanismo aplicable se regula en otro precepto, en el art. 41 ET<sup>50</sup>, es decir, estaríamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La situación es totalmente distinta en el caso de otros productos del derecho a la negociación colectiva que, no siendo convenios estatutarios, sin embargo, tienen la misma eficacia que el convenio estatutario. En estos casos la inaplicación de los mismos si requiere de acudir al art. 82.3 ET<sup>51</sup>.

### **D.5.2. Significado del descuelgue: una mayor capacidad adaptativa de las empresas a sus circunstancias como objetivo**

El descuelgue significa apartar a los trabajadores de una concreta empresa de las condiciones pactadas para el sector o incluso de las previstas en el mismo convenio de la empresa. Con ello se persigue dotar a las empresas de una gran capacidad para que se adapten a la evolución de sus concretas circunstancias económicas y productivas. Es decir, un instrumento destinado a hacer frente a la realidad económica de la empresa, mejorando su capacidad de adaptación. Por lo tanto, debemos afirmar con rotundidad, que estamos ante un mecanismo de flexibilidad interna. Además, no sólo es un mecanismo destinado a facilitar altas dosis de flexibilidad, sino que, en sí mismo, es un instrumento flexible, pues se eliminaron toda una serie de inconvenientes que dotaban de cierta “rigidez” a la propia regulación del descuelgue (no hay dos fases procedimentales como antaño, se permite el autodescuelgue, no interviene ya la negociación colectiva sectorial para controlar las situaciones de descuelgue, de manera que todo el proceso de descuelgue de condiciones se tome en el ámbito de la empresa a través del acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores<sup>52</sup>, se admite una comisión “*ad hoc*” como instrumento para negociar o se establecen alternativas a la falta de acuerdo, que facilitan la imposición del descuelgue<sup>53</sup>).

---

<sup>50</sup> En este sentido CRUZ VILLALON, J.: *Op. cit.*, pág. 233. También jurisprudencialmente, *Vid.* la STS de 19 de septiembre de 2017, RJ 2017\4502; SAN de 11 de septiembre de 2014, AS 2014\2636.

<sup>51</sup> SAEZ LARA, C.: *Op. cit.*, pág. 321.

<sup>52</sup> CRUZ VILLALON, J.: *Op. cit.*, pág. 232.

<sup>53</sup> FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna»”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2011, págs. 29 y ss.

Por lo tanto, la inaplicación es, en sí, un mecanismo de flexibilidad, y el procedimiento es, en sí mismo considerado, bastante flexible.

Ahora bien, tal como he señalado anteriormente, existe en el ordenamiento laboral otra medida que persigue la misma finalidad, de manera que hay una duplicación de instrumentos con un mismo objetivo. Me refiero a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. También en este caso se está actuando en el ámbito de la empresa, también es un instrumento de negociación colectiva y también implica evitar la aplicación del convenio de sector e imponer condiciones peyorativas, respecto del convenio de sector, en una concreta empresa que debería estar afectada por dicho convenio colectivo de sector. Cuando me refiero que tienen un mismo objetivo, no sólo pretendo trasladar la idea de que ambos son mecanismos de flexibilidad interna, destinados, por tanto, a facilitar una mayor capacidad de adaptación de las empresas a sus concretas circunstancias; además, ambos instrumentos van a tener un similar ámbito material. Es decir, en ambos casos estamos ante instrumentos sometidos a una limitación material, existiendo fuertes similitudes entre las materias que pueden ser objeto de descuelgue y aquellas en las que el convenio de empresa resulta prioritario respecto del convenio de sector. De hecho, tal como ha afirmado la doctrina laboral, el resultado de la prioridad aplicativa del convenio de empresa puede generar un efectivo descuelgue de condiciones de trabajo<sup>54</sup>.

No obstante, si bien pueden tener objetivos similares, también existen diferencias sustanciales entre ambos instrumentos, especialmente a nivel procedimental. Así, en el descuelgue se negocia un acuerdo de empresa; lo que supone que la negociación es bastante flexible. Por el contrario, la prioridad del convenio de empresa supone negociar un auténtico convenio de empresa, aun cuando el contenido material del mismo sea limitado. Lo anterior supone que el acuerdo de descuelgue es un mecanismo procedimentalmente más ágil. También hay una relevante diferencia en cuanto a los sujetos legitimados: mientras la prioridad aplicativa del convenio requiere la participación de los sujetos considerados *ex lege* como legitimados para ello, por lo que ante la ausencia de estos sujetos no sería posible negociar el convenio colectivo de empresa; por el contrario, en el caso del descuelgue se admite que si no existe representación de los trabajadores se acuda a una representación *ad hoc* ante los supuestos de ausencia de representación de los trabajadores se pueda constituir una comisión *ad hoc*. De otro lado, la prioridad aplicativa del convenio de empresa es un instrumento que permite evitar la aplicación del convenio de sector. En principio la lógica del descuelgue también es la misma, pero al admitirse el autodescuelgue también puede utilizarse frente al propio convenio de empresa. Por último, si bien ambos

---

<sup>54</sup> CRUZ VILLALON, J.: *Op. cit.*, pág. 237.

son instrumentos limitados materialmente y existen coincidencias respecto de las condiciones de trabajo en que pueden ser utilizadas ambas vías, dicho ámbito material no es idéntico, por lo que tal diferencia determina en ciertos casos que se acuda a una u otra vía.

Especial relevancia tiene desde la perspectiva actual esta última cuestión, pues la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 ha supuesto eliminar de la prioridad aplicativa del convenio de empresa la materia salarial (si bien no totalmente, pues se mantiene la prioridad en materia de horas extraordinarias y retribución del trabajo a turnos). Ello ha evidenciado la inadecuada utilización del instrumento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, pues las empresas han utilizado ampliamente esta posibilidad como instrumento de carácter estructural. Es decir, se ha acudido a la reducción de condiciones de trabajo y en especial del salario con el objetivo de mejorar la competitividad de las empresas frente al resto de empresas concurrentes. En la práctica ello ha supuesto una profunda precarización de condiciones de trabajo y, en especial, del salario. Probablemente el problema haya estado en el uso excesivamente abusivo de este mecanismo.

Por el contrario, el descuelgue se ha concebido como un mecanismo coyuntural, no estructural; es decir, una respuesta ante las concretas circunstancias por las que atravesaba la empresa, que requerían una adaptación de ciertas condiciones para evitar las negativas consecuencias de tales circunstancias. En este sentido debemos afirmar que el descuelgue no debe convertirse en un mecanismo estructural y que su utilización ha de circunscribirse necesariamente a situaciones coyunturales, lo cual encaja en la exigencia causal de la figura. El descuelgue es una institución pensada para actuar ante una situación de crisis, ante circunstancias que no son las ordinarias; de ahí la exigencia de una justa causa. Es una respuesta concreta a una situación de carácter patológico que requiere de solución; es decir, el acuerdo no pretende generar un nuevo espacio de negociación, no supone separarse drásticamente del convenio superior, sino una desvinculación temporal del ámbito del que se produce el descuelgue<sup>55</sup>.

En la práctica el ordenamiento ofrece a los empresarios dos vías alternativas cuando estiman conveniente una modificación de algunas de las condiciones que derivan del convenio de sector que resulta de aplicación. Dos instrumentos diferentes, que tienen similar objetivo, de manera que podrá utilizar uno u otro en función de sus intereses y de la concreta situación<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> ROLDAN MARTINEZ, A.: “El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en AA.VV., coordinados por R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Ediciones Cinca, 2012, pág. 278.

<sup>56</sup> En este sentido ROLDAN MARTINEZ, A.: *Op. cit.*, pág. 279.

### **D.5.3. Sobre la posibilidad de establecer límites al descuelgue a través de la negociación colectiva**

Como vemos, la finalidad o el objetivo del descuelgue es facilitar mecanismos de flexibilidad a las empresas para adaptarse a circunstancias económicas o productivas que pueden ser dañinas para su propia existencia; lo que también se conecta de manera directa con la pretensión de facilitar la subsistencia, no sólo de la empresa, sino también del empleo que genera<sup>57</sup>. Ahora bien, ¿cabe la posibilidad de reducir esa capacidad empresarial que facilita el legislador? Me estoy planteando, como es lógico, si la negociación colectiva puede limitar las posibilidades de descuelgue o inaplicación de un convenio colectivo. Desde mi punto de vista ello es perfectamente posible. Estamos ante una facultad de origen empresarial, que facilita la adaptación de condiciones pactadas en convenio. Consecuentemente, el propio convenio puede establecer limitaciones de diferente tipo para controlar, reducir o incluso impedir que el empresario pueda acudir a estos procedimientos. Podría pensarse que no tiene una verdadera eficacia este tipo de mecanismos, pues la inaplicación requiere de acuerdo de ambas partes: si es necesario el acuerdo de la representación empresarial y laboral, no tiene sentido “blindar” el convenio al descuelgue. Ahora bien, estas limitaciones cobran sentido plenamente si tenemos en cuenta que, tal como vamos a ver, es perfectamente posible el impulso unilateral del descuelgue por el empresario, hasta llegar a un arbitraje de carácter obligatorio. Es decir, si bien inicialmente estamos ante una institución jurídica que requiere el mutuo acuerdo, es posible que, ante la falta del mismo, pueda imponerse la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo y que son fruto de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a las diferentes posibilidades que podríamos utilizar para limitar las posibilidades del descuelgue, podemos señalar diferentes vías para conseguirlo a través de la propia negociación colectiva:

---

<sup>57</sup> En este sentido es posible encontrar convenios que plantean el descuelgue desde una perspectiva del mantenimiento de la estabilidad del empleo en la empresa; así el CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7. En idéntico sentido el CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28. En otros casos se presenta la inaplicación como una solución excepcional, pues la intención de las partes es la de cumplir lo establecido por el convenio colectivo, así el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46. También podemos encontrar supuestos en los que se afirma que la inaplicación del régimen salarial se justifica cuando la situación económica de la empresa pueda verse dañada y afecte a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma, así el CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de la empresa Gureak Lanean, SA (BOP de Guipúzcoa de 10 de junio de 2019), art. 42.

- Regular en el convenio colectivo el procedimiento de descuelgue. Como vamos a ver el art. 82.3 y el art. 41.4 ET regulan el procedimiento, incluso en algunos aspectos, de manera detallada. Ahora bien, también vamos a constatar cómo la negociación colectiva ha intervenido en esta cuestión. Ciertamente comprobaremos que no se trata de establecer un procedimiento alternativo, pero si se concretan ciertos aspectos o se amplían plazos, se exige documentación, etc. Ello puede suponer dificultar el descuelgue y, sobre todo, si se obvian tales trámites, anular la decisión de inaplicar las condiciones de trabajo.

- De otro lado, puede limitarse la inaplicación por la vía de imponer mayores requisitos o exigencias para el reconocimiento de las causas justificadoras del descuelgue; o incluso reduciendo las causas que lo justifican por la vía de eliminar alguna de ellas.

- En otros casos podemos encontrar directamente la prohibición del descuelgue, bloqueando la posibilidad de inaplicar el convenio colectivo. Una versión de esta posibilidad es la exigencia de que el descuelgue se produzca exclusivamente por acuerdo entre las partes, lo que elimina la posibilidad de un arbitraje de carácter obligatorio a través del CCNCC o del órgano autonómico que asume sus competencias.

- Otra posibilidad sería impedir la interpretación de que el arbitraje propio de los sistemas de solución de conflictos pueda tener carácter obligatorio, imponiendo la necesidad de acuerdo entre las partes para ir a la mediación y, especialmente, al arbitraje.

- Por último, puede actuarse incidiendo directamente en el último de los pasos de la inaplicación: la fase de procedimiento a desarrollar por la CCNCC u órgano sustitutorio autonómico que asuma estas funciones. En estos casos se impone a las partes que sólo es posible acudir a esta fase por mutuo acuerdo de las partes, impidiendo así que la empresa, unilateralmente pueda solicitar el arbitraje.

Como vamos a constatar podemos encontrar diversas de estas vías en la negociación colectiva. Con ello lo que se ha planteado es un mayor control de las posibilidades de inaplicación, si bien, en algún caso se llega a la prohibición de esta posibilidad; lo que no es sino una renuncia del empresario a dicha posibilidad. Vamos a centrarnos ahora en señalar aquellos supuestos que nos parecen especialmente interesantes.

En primer lugar, podemos encontrar convenios que establecen de manera expresa que “La empresa no podrá en ningún caso acogerse a la inaplicación

del presente Convenios, mediante el procedimiento al que se refiere el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores debiendo en su caso renegociar el mismo antes de su vencimiento, para lograr otro, o la posibilidad de revisarlo que prevé el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores”<sup>58</sup>. Por lo tanto, se establece una absoluta limitación al uso de las capacidades flexibilizadoras que ofrece la inaplicación del convenio colectivo. No obstante, obsérvese cómo se produce una remisión, bien a la renegociación o a la revisión del convenio; es decir, no se está negando la posibilidad de que se produzca una adaptación a las circunstancias. Ciertamente hay notables diferencias entre una y otra vía, pues en el caso del descuelgue se producirá la inaplicación parcial y temporal de algunas condiciones establecidas en el convenio, mientras que a través de esta otra vía hay que proceder a una negociación completa de un nuevo convenio o a una revisión de ciertos aspectos del mismo; pero podría pensarse que el resultado final es el mismo. No obstante, es evidente la intención de una norma de este tipo: no se niega la posibilidad de establecer nuevas condiciones, pero se impide que la vía para conseguirlo sea una decisión heterónoma, a la que se accede por voluntad de una sola de las partes. Es decir, lo que se pretende es evitar la posibilidad de acudir a la CCNCC o mecanismo sustitutorio, donde se resuelve finalmente la cuestión a través de un arbitraje al que se llega sólo por decisión empresariales. Expresado en otros términos: cabe la adaptación de las condiciones, pero, necesariamente, por acuerdo entre las partes.

La necesidad de acuerdo entre las partes se reitera por la norma que analizamos, pues tras la literalidad que acabamos de señalar, se establece que si las partes no alcanzan el acuerdo, acudirán a conciliación o mediación reguladas en el PRECO. Además, señala que el procedimiento de arbitraje debe utilizarse únicamente por acuerdo de sometimiento al mismo por ambas partes; evitando así el resultado del arbitraje obligatorio, ya sea el establecido a través de acuerdos interprofesionales como el derivado del CCNCC o mecanismo sustitutorio<sup>59</sup>. Debe tenerse en cuenta que esta última posibilidad es, en realidad, incoherente con el punto de partida de esta regulación, que no es otro que la imposibilidad de acogerse a la inaplicación del art. 82.3 ET (si no es posible acudir al descuelgue,

---

<sup>58</sup> *Vid.* los CC de Cementos Lemona, SA (BOP de Vizcaya de 8 de noviembre de 2022), art. 5; CC de Urkunde, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022), art. 15; CC de Galvanizados Izurza, S.A. (BOP de Vizcaya de 28 de julio de 2022), art. 2; CC de Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A. (BOP de Álava de 21 de julio de 2021), art. 6; CC de Lottu Steel, S.L. (BOP de Vizcaya de 23 de junio de 2022), art. 2; CC de Sistemas Valla Leniz, S.L.U. (BOP de Guipúzcoa de 31 de mayo de 2022), Disposición adicional 2ª; CC de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (BOE de 22 de julio de 2019), art. 38; CC de DHL Supply Chain,SL (BO del Territorio Histórico de Álava de 25 de junio de 2018), inaplicación/descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en el presente convenio.

<sup>59</sup> Se refieren estos convenios, tanto al arbitraje PRECO como al del ORPRICCE vascos.

no será posible acudir a la CCNCC u órgano que lo sustituya). Más coherencia tienen aquellos convenios que, si bien admiten la posibilidad del descuelgue empresarial, sin embargo, establecen necesariamente que ha de realizarse por acuerdo entre las partes, exigiendo que sólo es posible acudir al arbitraje como solución extrajudicial de conflictos, o al arbitraje desarrollado en el seno de la CCNCC o del órgano comunitario que lo sustituya en sus funciones, mediante el acuerdo expreso de las partes<sup>60</sup>.

Como variación respecto de estos convenios, podemos encontrar algunos que, en íntima conexión con los anteriores, prohíben que pueda acudir a lo dispuesto por el art. 82.3 ET, “salvo acuerdo con la representación legal de los trabajadores”; excluyendo además la posibilidad del arbitraje obligatorio expresamente<sup>61</sup>.

En otros casos, si bien se admite la posibilidad de que el empresario pueda acudir al procedimiento de descuelgue se establece que, ante la falta de acuerdo entre las partes, ya sea durante el período de consultas o bien durante la aplicación del procedimiento de solución extrajudicial de conflictos, sólo será posible acudir a la CCNCC o al mecanismo sustitutorio de carácter autonómico, por acuerdo entre ambas partes<sup>62</sup>. Se reitera así la idea de que el descuelgue sólo será posible si existe un acuerdo entre las partes, sin que una de ellas, la empresa, pueda imponer el descuelgue a la otra.

También podemos encontrar algunas normas engañosas, pues realmente no generan límite alguno a la posibilidad del descuelgue tal como está regulado legalmente. Así, es posible detectar algún convenio, a tenor del cual se declara que no es posible el descuelgue de manera automática, sino que sólo será viable previa consulta, información y negociación con la representación de los trabajadores<sup>63</sup>. De igual manera, algún convenio establece la imposibilidad de la inaplicación, excepto si existe acuerdo con la representación legal de los trabajadores; si bien en caso de discrepancias, se acudiría a los mecanismos de conciliación y

---

<sup>60</sup> CC de Roxal Medicina España, S.A. (BOP de Vizcaya de 22 de julio de 2022), art. 21; CC de Limpieza de Edificios y Locales de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 19 de noviembre de 2018), art. 72.

<sup>61</sup> *Vid.* CC de Gestamp Vizcaya, S.A. (BOP de Vizcaya de 31 de marzo de 2021), art. 5; CC de Agua de Insalus, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 27 de julio de 2022), art. 23.

<sup>62</sup> *Vid.* el CC para el sector de la industria y comercio del vino de Álava (BOP de Álava de 14 de abril de 2021), art 40; también el CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª.

<sup>63</sup> CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª.

mediación del acuerdo interprofesional, pudiendo aplicarse un arbitraje si ambas partes están de acuerdo<sup>64</sup>.

#### **D.5.4. Exigencias causales en el descuelgue**

##### *D.5.4.1. Análisis general de la cuestión*

Debemos reconocer que alterar lo pactado en un convenio colectivo estatutario, que tiene la consideración de fuente del derecho es algo realmente anómalo, especialmente si lo que se plantea como alternativa es la introducción de una regulación sustitutoria de las condiciones de trabajo que las empeora respecto del convenio que pretende inaplicarse. Es por ello que el legislador ha introducido todo un conjunto de cautelas a dicha posibilidad. La cuestión es si existe un verdadero equilibrio jurídico entre las cautelas que se introducen y la finalidad perseguida por el precepto: no aplicar ciertas condiciones del convenio para así facilitar más flexibilidad a las empresas (en términos de adaptación a las circunstancias); es decir, que la posibilidad de un descuelgue ni puede ser tan fácil como para utilizarse de manera estructural por la empresa, ni tan difícil que impida en la práctica el objetivo buscado por el precepto.

Entre las diferentes medidas que el legislador ha establecido para mantener un cierto control del descuelgue, encontramos la exigencia de un principio de causalidad. Se trata de un procedimiento bien conocido por nuestro ordenamiento, que en diferentes preceptos establece la necesidad o condición de cumplir con una causa para la aplicación de medidas de flexibilidad en la empresa (desde el despido colectivo, la reducción de jornada o suspensión, la movilidad geográfica o la modificación sustancial de condiciones). Estas distintas medidas se caracterizan por tener una dimensión colectiva y causal, existiendo una cierta identidad entre las causas que determinan la posibilidad de aplicar dichos mecanismos.

Con carácter general el art. 82.3 ET establece que el descuelgue de condiciones puede llevarse a cabo cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Existe causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, lo cual se va a producir en dos situaciones diferentes: existencia de pérdidas actuales o previstas; o en caso de disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas (entendiéndose por persistencia cuando tal situación se produce durante dos trimestres consecutivos comparados con los mismos trimestres del año anterior).

---

<sup>64</sup> CC de Busturialdea Lea Artibal Bus, SA (BOP de Vizcaya de 24 de diciembre de 2019), art. 6.

De otro lado, hay causa técnica cuando se produzcan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción; causa organizativa cuando haya cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en la manera de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar.

Cabe afirmar que esta regulación supone aplicar al descuelgue de condiciones el modelo normativo establecido en materia de causas de despido colectivo<sup>65</sup>. De hecho, la similitud entre el régimen causal del art. 51 y del art. 82.3 ET es prácticamente idéntico salvo pequeñas diferencias que posteriormente resaltaremos. Más diferencias existen desde la perspectiva causal respecto del supuesto de la modificación sustancial de condiciones, pues ésta última institución resulta ser más flexible aun, a nivel causal, que el descuelgue de condiciones de trabajo<sup>66</sup>.

Justamente desde la perspectiva de cuál puede ser el nivel de exigencia que supone el requerimiento de justa causa, debe tenerse en cuenta que, tal como se puede constatar de una valoración general de las mismas, ciertamente estamos ante una causalidad débil, pues las causas reguladas se configuran de manera tremendamente flexible. De otro lado, incluso el legislador presume la existencia de causa cuando existe acuerdo. En buena medida la flexibilidad que aporta el descuelgue de condiciones de trabajo procede justamente de una débil causalidad<sup>67</sup>.

A lo anterior debemos sumar el hecho de que es posible que no exista realmente la causa que determina el descuelgue, pues si se alcanza un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder al descuelgue, ésta se presume, limitándose drásticamente además la posibilidad de impugnar ese acuerdo, sólo pudiendo impugnarse en estos casos el acuerdo si existe dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. Con carácter general podemos afirmar que la regulación es francamente flexible desde la perspectiva causal; o como señalado prontamente algún autor, se trata de una regulación “mínimamente causal”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> En este sentido lo advertía prontamente GONZALEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales* nº 115 (2012), pág. 110.

<sup>66</sup> SANGUINETI RAYMOND, W.: *Op. cit.*, pág. 143.

<sup>67</sup> En este sentido lo manifestaba desde el primer momento ESCUDERO RODRIGUEZ, quien señalaba que esta regulación supone un riesgo de confundir la exigencia legal de justa causa, con la mera y simple exigencia de una excusa “El Real Decreto-Ley (...)”, *Op. cit.*, pág. 20.

<sup>68</sup> De esta opinión GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, pág. 115.

En cuanto a la negociación colectiva, debemos tener en cuenta que en este ámbito es escasamente innovadora. Los convenios, o bien se limitan a repetir la literalidad de la regulación legal<sup>69</sup>, o bien se limitan a ofrecer una versión resumida de la propia regulación legal, sin que se incorporen novedades en la materia. Incluso en ocasiones se procede simplemente a remitirse a la regulación legal<sup>70</sup>. Todo ello supone una negociación tremendamente limitada sobre esta cuestión, sin que se planteen, por ejemplo, pretensiones reductoras de la capacidad empresarial por la vía de una causalidad más estricta de la legal. Ciertamente es difícil encontrar convenios que se desvíen de la regulación legal de las causas de la inaplicación<sup>71</sup>.

#### D.5.4.2. Causa económica

Pero analicemos, sin más dilación, el conjunto de causas habilitantes para proceder al descuelgue de condiciones de trabajo. En primer lugar, nos encontramos con la causa económica. Esta se define por el art. 82.3 como una “situación económica negativa”, concepto genérico que ha de darse en cualquiera de los casos en que se alegue. Dentro de la misma el legislador señala que son tres las situaciones justifican el descuelgue: a) las pérdidas actuales, b) la previsión de futuras pérdidas, c) la disminución persistente de ingresos que afecten a la viabilidad de la empresa o la capacidad de mantener el empleo.

Los interrogantes que se plantean ante un precepto de estas características son evidentes. De entrada, se está admitiendo el descuelgue por la existencia de pérdidas actuales. Parece una causa lógica para una institución de estas características que pretende dotar a la empresa de mecanismos para una gestión flexible de la empresa. Ahora bien, ¿qué nivel de pérdidas justifica el despido colectivo? Debe advertirse que el legislador no puntualiza en absoluto su intensidad, ni la duración que debe tener para ser relevante a los efectos de esta causa de despido<sup>72</sup>. En consecuencia, la jurisprudencia va a tener un papel de enorme relevancia sobre esta cuestión.

---

<sup>69</sup> CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40.

<sup>70</sup> CC de Laboratorios Ordesa, SL (BOP de Barcelona de 7 de mayo de 2019), art. 89.

<sup>71</sup> Como ejemplo, podemos señalar al CC de Detailistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7 que al regular la causa económica, señala que se acredita cuando existan déficits o pérdidas mantenidas durante dos ejercicios contables anteriores a la fecha de solicitud del descuelgue; regulándose, además, el procedimiento de valoración de la situación económica de la empresa.

<sup>72</sup> Sobre la cuestión GALA DURAN, C.: “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2012, pág. 1308.

Por otra parte, esta regulación está admitiendo la figura del descuelgue preventivo, pues está planteándose que se acuda al descuelgue para evitar pérdidas futuras. De igual modo que en la situación anterior, no se objetiva en modo alguno la certeza relativa a la existencia futura de pérdidas, ni sobre cuál ha de ser el nivel de posibles pérdidas futuras que pueda facilitar el acceso al descuelgue de condiciones de trabajo. Sobre ello el legislador guarda silencio. En todo caso, parece que la situación debe ser necesariamente la de un hecho o circunstancia actual, que objetivamente va a producir un efecto económico negativo en la empresa en el futuro. Como es evidente, también en este caso la jurisprudencia es imprescindible para la correcta interpretación de esta causa habilitadora<sup>73</sup>. En algún caso puntual podemos encontrar la intervención de la negociación colectiva que pretende puntualizar o limitar el sentido de esta causa de inaplicación<sup>74</sup>.

En cuanto a la disminución de ingresos ordinarios o ventas, debemos señalar que aporta una dosis de flexibilidad enorme, pues la empresa ni tan siquiera ha de afrontar una situación con pérdidas económicas, bastando que haya una disminución de los ingresos o ventas, aun cuando la empresa siga generando beneficios. Si lo analizamos desde una perspectiva crítica, ello va a suponer la posibilidad de alterar lo pactado en un convenio aplicable por el hecho de que la empresa no vea satisfechas sus expectativas económicas. Desde este punto de vista resulta que la empresa no sólo ha de tener siempre unos resultados económicos favorables, sino que, medido en períodos trimestrales, siempre deben ser aún mejores que los resultados del mismo período durante el año anterior: no sólo debe ganar, sino que debe ganar más. Nuevamente la jurisprudencia resulta ser relevante en este punto. No obstante, hemos de destacar cómo el legislador ha introducido un elemento de referencia, pues se establece que la persistencia en la disminución se genera cuando ésta se mantiene durante dos trimestres consecutivos, en comparación con los mismos trimestres del año anterior (comparación simétrica<sup>75</sup>). Con ello el legislador evita que se produzcan situaciones en las que el empresario pueda aprovechar la evolución cíclica de los resultados de la empresa (de ahí la comparación con los mismos trimestres del año anterior,

---

<sup>73</sup> *Vid.* SSTSJ de Madrid de 22 de octubre de 2014, AS 2014\2991; Madrid de 22 de octubre de 2014, AS 2014\2991.

<sup>74</sup> Sería el caso del CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª, que establece que no puede entenderse como causa económica cuando la hipotética situación negativa futura se desprenda, exclusivamente de la aplicación de incrementos cuya absorción y compensación, en aplicación del propio convenio, neutralice el incremento de costes salariales. En idéntico sentido el CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39.

<sup>75</sup> Expresión utilizada por DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral* nº 17-18 de 2012, pág. 1792.

y no con el inmediatamente anterior). De igual manera, debemos subrayar que se trata de una disminución de ingresos ordinarios. El adjetivo tiene enorme relevancia, pues elimina la posibilidad de acudir a este mecanismo tras aquellas situaciones en las que se haya producido un notable y extraordinario incremento de ingresos.

Es evidente que con este planteamiento normativo el legislador ha pretendido facilitar las causas que pueden dar lugar al descuelgue, facilitándolo, en definitiva. No se exige por el legislador probar la razonabilidad de la decisión empresarial. No obstante, en manos de la jurisprudencia se encuentra la exigencia de que el empresario deba formular un “juicio de razonabilidad”<sup>76</sup>, doctrina de origen jurisprudencial surgida en relación con los despidos colectivos, a través de la que se analizaba la existencia o no de causa<sup>77</sup>. En este punto la jurisprudencia y su análisis sigue resultando fundamental para poder valorar el alcance efectivo de la flexibilidad introducida por el legislador. El mantenimiento de la necesidad de este juicio de razonabilidad supone que ha de probarse la conexión entre la modificación de condiciones y las causas alegadas<sup>78</sup>. Hay que desarrollar una actividad probatoria que debe referirse a distintos aspectos, como la existencia de factores que desencadenan la decisión empresarial, circunstancias que generan una situación de pérdidas económicas de la empresa o de disminución de su eficiencia productiva y consiguientemente de competitividad en el mercado<sup>79</sup>. En definitiva, debe probarse la adecuación de la medida a los objetivos perseguidos. Esta cuestión es de difícil prueba, pues se refiere a situaciones a las que va a conducir la evolución de la empresa en el futuro; por lo que no puede haber una prueba plena en este sentido<sup>80</sup>; sino una prueba de la razonabilidad de la decisión tomada por el empresario. En definitiva, el empresario debe acreditar, en términos de razonabilidad, que es una decisión adecuada para conseguir

---

<sup>76</sup> En este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo (...)”, *op. cit.*, pág. 39; de igual manera LOPEZ AHUMADA, E.: “La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 167 (2014), versión digital.

<sup>77</sup> *Id.* STS de 30 de septiembre de 2002, RJ 2002/10679.

<sup>78</sup> Ya lo advertía tempranamente la STS de 14 de junio de 1996, RJ 1996/5162.

<sup>79</sup> De esta opinión ORTIZ DE SOLORZANO, C.: “Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas”, en VV.AA., dirigidos por J. RIVERO LAMAS, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 243.

<sup>80</sup> Así SOLA MONELL, X.: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, en VV.AA., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid 2001, págs. 184 y 185.

superar las dificultades de la empresa<sup>81</sup>. Por lo tanto, la causa debe tener cierta consistencia, de manera que la medida propuesta (en este caso el descuelgue) mantenga una relación funcional o adecuación con la superación de la situación económica negativa<sup>82</sup>. De otro lado, es necesario que exista una alteración de las circunstancias económicas de la empresa, lo cual es difícil de admitir cuando se trata del autodescuelgue de un convenio que se ha firmado poco tiempo atrás<sup>83</sup>, o cuando se ha aceptado una previa reducción del salario y se pretende una nueva inaplicación sin que existan causas nuevas<sup>84</sup>.

#### *D.5.4.3. Otras causas de descuelgue*

En cuanto a las causas técnicas, organizativas y productivas, la regulación sobre descuelgue de condiciones reitera la establecida para el despido colectivo. Siguiendo el planteamiento de las causas de despido colectivo, la delimitación que de las mismas hace la regulación legal es meramente ejemplificativa: se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios “entre otros”, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas, cuando haya cambios, “entre otros” en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modelo de organizar la producción; y existe causas productivas cuando se produzcan cambios “entre otros”, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado. En todo caso, al tratarse de una enumeración ejemplificativa de las causas, lo cierto es que la inseguridad sigue siendo importante, pues habría situaciones que quedan al margen de los ejemplos específicamente mencionados por el precepto, si bien deben estar relacionadas con los mismos.

Debemos insistir en que esta regulación supone un incremento notable de la capacidad empresarial para activar los descuelgues y así establecer condiciones de trabajo peyorativas. Las causas establecidas para facilitar la inaplicación son bastante amplias como para satisfacer las necesidades empresariales de flexibilidad<sup>85</sup>. Esta regulación deja un importante margen de maniobra para el empresario, pues no se trata de una regulación que objetive con claridad cuáles son las concretas y precisas situaciones en las que es factible proceder a la inaplicación de condiciones de trabajo.

---

<sup>81</sup> RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Pamplona 1997, páginas 235 y ss.; ORTIZ DE SOLORZANO, C.: *Op. cit.*, pág. 248.

<sup>82</sup> En este sentido DESDENTADO BONETE, A.: *Op. cit.*, pág.1793.

<sup>83</sup> STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2016, AS 2016\1514.

<sup>84</sup> STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014, AS 2014\1346.

<sup>85</sup> En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, pág. 111.

### D.5.5. Ámbito material del descuelgue

Siguiendo con el análisis de las cautelas establecidas por el legislador, además de la exigencia causal, existe un segundo elemento que supone un importante límite a la posibilidad de realizar un descuelgue de condiciones de trabajo y proceder a la regulación y aplicación de condiciones diferentes: esta posibilidad no tiene carácter general y se limita tan sólo a un conjunto concreto de posibles condiciones en las que podría producirse la inaplicación y sustitución de las mismas.

Concretamente el legislador procede a establecer un concreto y limitado listado de condiciones. Específicamente son las siguientes: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones (cuando estas excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET) y, por último, mejoras voluntarias de Seguridad Social. Ello supone la imposibilidad de modificar otras cuestiones pactadas en convenio por esta vía; de igual manera, implica que las alteraciones de las condiciones reguladas por convenio colectivo incluidas en la lista antes señalada, no pueden encomendarse a una modificación sustancial de condiciones regulada en el art. 41 ET, por lo que si se realizan por dicha vía, serían nulas<sup>86</sup>; pero recordemos que es posible acudir a la modificación sustancial de carácter colectivo (art. 41 ET) cuando se trata de condiciones establecidas por acuerdos o pactos colectivos<sup>87</sup>. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las modificaciones sustanciales, el procedimiento de descuelgue debe aplicarse cuando estamos ante condiciones pactadas en convenio colectivo, con independencia de la relevancia de la condición y de la alteración que pueda introducirse<sup>88</sup>.

A destacar especialmente que el art. 82.3 ET no prevé, como sí ocurre con el supuesto de prioridad aplicativa del convenio de empresa, la posibilidad de acudir a los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET para ampliar el listado de posibles condiciones que pudieran verse afectadas por un descuelgue. En definitiva, que estamos ante una lista totalmente cerrada: ni es ejemplificativa, ni se prevé la posibilidad de ampliarla, ni tan siquiera a través de la negociación colectiva<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Vid. STS de 13 de marzo de 2014, RJ 2014\1908; SAN de 31 de octubre de 2014, AS 2014\2831; o las STSJ de Madrid de 8 de julio de 2014, AS 2014\2770; Asturias de 31 de marzo de 2015, AS 2015\1055; Canarias de 27 de mayo de 2015, AS 2015\1764; Galicia de 6 de octubre de 2015, AS 2015\1926.

<sup>87</sup> Vid., por ejemplo, las SSTs de 3 de febrero de 2021, RJ 2021\774 y 19 de septiembre de 2017, RJ 2017\4502.

<sup>88</sup> STS de 29 de junio de 2017, RJ 2017\3363.

<sup>89</sup> En este sentido LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (dirs. y coords.), Comares, Granada 2011, pág. 227-228.

Las diferentes condiciones de trabajo que pueden verse alteradas se refieren tanto al descuelgue ordinario como al autodescuelgue; es decir, es posible inaplicar cualquiera o todas de dichas condiciones pactadas en un convenio aplicable de ámbito superior o por el propio convenio de empresa.

En cuanto a las concretas materias que se incluyen, parecen obedecer todas ellas a un mismo criterio: se trata del conjunto de condiciones cuya alteración puede facilitar tanto una mayor eficiencia del funcionamiento de la empresa al escapar de la uniformidad del convenio aplicable, como mayor capacidad de adaptación a las condiciones económicas, facilitando así la competitividad de la empresa<sup>90</sup>. Son las condiciones de trabajo que tienen un mayor peso específico dentro de la regulación del convenio colectivo, y que repercuten de manera más directa en que la empresa pueda adquirir más flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas en las que debe actuar, facilitando la posibilidad de adecuar los costes de trabajo a sus necesidades económicas. En líneas generales supone sobre todo la posibilidad de reconfigurar el tiempo de trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos), el salario y la retribución (sistema de remuneración y cuantía salarial, mejoras voluntarias), y las funciones.

En primer lugar, se hace referencia a la jornada de trabajo. Debemos recordar que jornada y horario son instituciones diferentes<sup>91</sup>: la jornada de trabajo se refiere al “*quantum*” del tiempo de trabajo, a cuánto tiempo debe destinar el trabajador al desarrollo de su prestación de trabajo<sup>92</sup>. En cuanto al horario de

---

<sup>90</sup> En este sentido LORENTE RIVAS, A.: *Op. cit.*, págs. 228 y 229.

<sup>91</sup> Tal como señaló ESCUDERO RODRIGUEZ, en el tiempo de trabajo hay una doble vertiente de planos que convergen: “el volumen del trabajo prestado, ordinario y extraordinario y, de otro, su ordenación interna o distribución dentro de determinados parámetros, sean diarios, semanales, mensuales o anuales. Es decir, las vertientes cuantitativa y cualitativa del tiempo de trabajo que, por cierto, están indisolublemente unidas, pues pueden considerarse planos interdependientes entre sí”. “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 4 de 1999, pág. 313.

<sup>92</sup> Tal como afirma BODAS MARTIN, R.: “La jornada de trabajo está formada por el número de horas, que el trabajador está obligado a trabajar efectivamente, destacándose, por tanto, el aspecto cuantitativo (...)”. *La jornada laboral*, Dykinson, Madrid 2002, pág. 12. En el mismo sentido CARCELEN GARCIA, J., quien señala que “La jornada podría definirse como el tiempo debido por el trabajador al empresario en virtud de la relación contractual que les vincula. Pero tal deuda temporal no es abstracta ni ilimitada, sino que debe ser acotada en cuanto a su duración, la cual debe fijarse dentro de unos parámetros, así mismos temporales, con el fin de poder ser objeto de su cómputo. Sin embargo, la duración de la jornada no se realiza sólo en función de un único parámetro, sino en relación con diferentes unidades de tiempo. Así, se habla de jornada anual, mensual, semanal y diaria”; *op. cit.*, página 23.

trabajo, en realidad esta cuestión hace referencia a la distribución del tiempo de trabajo; es decir, cuándo se inicia la prestación de trabajo y cuándo termina, si esos períodos son continuados o no, si se desarrollan durante el día o durante la noche, etc.<sup>93</sup>

Que el legislador haya incluido entre las condiciones de trabajo susceptibles de descuelgue a la jornada supone la posibilidad de modificar la cuantificación del tiempo de trabajo que se haya pactado en el convenio; es decir, la posibilidad de regular jornadas de trabajo más amplias; si bien, en todo caso deberán respetar los máximos legales regulados en el art. 34 ET. Lo que no es factible, es que a través del descuelgue se pueda producir una conversión de contratos a jornada completa a tiempo parcial. Si bien el art. 12.4 e) ET, al regular el contrato a tiempo parcial prohíbe la conversión a través de una modificación sustancial ex art. 41.1 a) ET, este precepto no prohíbe expresamente que pueda alterarse esta cuestión a través del descuelgue. No obstante, debemos señalar que el indicado art. 12.4 e) ET deja muy claro que la conversión sólo puede producirse de manera voluntaria para el trabajador. Esto impide que a través del descuelgue pueda llegar a imponerse el trabajo a tiempo parcial, incluso a través del descuelgue. Más aún, lo que plantea el art. 82.3 ET cuando se refiere a la jornada de trabajo es una alteración de la cuantificación de la misma, pero en modo alguno se refiere el legislador en este último precepto a una conversión de la naturaleza contractual del propio contrato de trabajo.

Junto con el descuelgue de la jornada de trabajo, se ha establecido la posibilidad de proceder al descuelgue del horario y la distribución del tiempo de trabajo, cuestiones que tampoco pueden estar sujetas a la decisión unilateral del empresario<sup>94</sup>. En realidad, estamos ante una cuestión que procede de la reforma de 1994 (en lo relacionado con el horario) y de las reformas introducidas en 2010 (la distribución del tiempo de trabajo). Las modificaciones del horario de trabajo suponen una alteración de la distribución del tiempo de trabajo, por lo que en realidad el legislador vino a reforzar la distinción entre jornada y horario

---

<sup>93</sup> Como señala FITA ORTEGA, F.: “Se trata, por un lado, de aquello en lo que propiamente consiste la jornada, es decir, la determinación del número total de horas durante las cuales puede exigirse la efectiva prestación de servicios de los trabajadores (aspecto cuantitativo de la jornada); y, por otro, del horario, esto es, de la identificación de los momentos en que, dentro del límite anterior, puede exigirse al trabajador la realización de sus tareas (aspecto cualitativo de la jornada de trabajo)”. *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 27. De igual manera la jurisprudencia, tal como afirma la STSJ de Valencia de 15 de noviembre de 2005, AS 2006\1268: “El cambio operado no afecta a la jornada, sino únicamente al horario, esto es, a la delimitación del momento concreto en que se fijan las horas de comienzo y finalización del trabajo (...)”.

<sup>94</sup> STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2015, AS 2016\292.

que antes hemos señalado<sup>95</sup>. La posibilidad de alterar tanto la jornada como el horario y la distribución del tiempo de trabajo implica necesariamente también que deba acudirse al procedimiento de descuelgue cuando se trata de alterar el régimen de los descansos y vacaciones<sup>96</sup>.

Íntimamente relacionado con la cuestión de la distribución del tiempo de trabajo, tanto que en realidad podríamos considerar que está integrada en esta última cuestión, se señala al régimen de trabajo a turnos. Tal como podemos ver el legislador ha tenido un especial interés en señalar los diferentes aspectos en relación al tiempo de trabajo; por lo que bien podemos considerar que están incluidas en la posibilidad de descuelgue todos los aspectos integrantes del tiempo de trabajo.

De otro lado, se señala como una de las posibles materias objeto de la inaplicación es el sistema de remuneración y cuantía salarial. Evidentemente la alteración del sistema de remuneración puede tener consecuencias importantes sobre la cuantificación de la retribución del trabajador. De otro lado, es necesario resaltar que se refiere a remuneración, no a salario; es decir, que puede afectar tanto a elementos salariales, como a elementos extrasalariales, pues ambos se incluyen dentro de la remuneración total de los trabajadores. En cuanto a qué se refiere el legislador cuando señala al sistema de remuneración, ha de entenderse por esta cuestión el método o forma de determinar la retribución del trabajador, sea salarial o extrasalarial (salario o retribución por tiempo de trabajo, a rendimiento, mixto, etc.). Pero además de que cualquier alteración del sistema de remuneración puede afectar a la cuantía de la remuneración, específicamente el art. 82.3 ET se refiere de manera expresa a que el descuelgue puede aplicarse a la cuantía salarial. En definitiva, la posibilidad de reducir la cuantía de salario, ya sea a través de la aplicación de porcentajes de reducción de aplicación general, o su aplicación sólo a ciertos conceptos salariales, o bien a través de la eliminación o congelación de alguno de estos conceptos salariales. Es, no obstante, interesante resaltar que se refiere en exclusiva a conceptos salariales, no extrasalariales. En todo caso, la alteración del salario es, sin lugar a dudas, el principal supuesto de descuelgue en nuestro sistema de relaciones laborales.

De otro lado, también se señala el sistema de trabajo y de rendimiento. En este caso estamos ante un elemento íntimamente relacionado con la cuestión anterior, pues se está refiriendo a la posibilidad de alterar el sistema de incentivos o primas por rendimiento.

---

<sup>95</sup> *Vid.* GORELLI HERNANDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral* n° 4 de 2011, pág. 406.

<sup>96</sup> En este sentido puede verse la STS de 13 de enero de 2021, RJ 2021\364.

Otra de las materias es la relativa a las funciones, cuando excedan de los límites previstos para la movilidad funcional del art. 39 ET. El art. 39.4 ET establece que el cambio de funciones diferentes a las pactadas que superase los límites de la movilidad funcional ordinaria o extraordinaria regulada en dicho art. 39 debe realizarse bien por acuerdo entre las partes, o bien a través de las reglas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. La incorporación de esta cuestión a la regulación del descuelgue supone la posibilidad de alterar colectivamente una cuestión tan relevante como es la estructura funcional en la empresa.

Las funciones que puede desarrollar el trabajador derivan de la clasificación profesional del mismo, que se realiza por acuerdo entre las partes ex art. 22.4 ET. A partir de ahí sus funciones son las correspondientes a su grupo, estando fijadas las mismas por convenio colectivo. El art. 39 ET regula la capacidad empresarial de especificar cuáles son las tareas o funciones que en cada concreto momento desarrolla cada trabajador. En principio esta capacidad del empresario se ve limitada por la pertenencia del trabajador a un grupo profesional (movilidad dentro del grupo o movilidad ordinaria). Sin embargo, los límites del grupo profesional pueden superarse a través de la movilidad extraordinaria (art. 39.2 ET), que es una institución que también tiene límites legales. Cuando el art. 39.4 ET prevé la posibilidad de superar tales límites a través de un acuerdo entre las partes o a las reglas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, hace referencia a la posibilidad de ir más allá de los límites legales en la especificación de las tareas que debe desarrollar el trabajador.

Teniendo en cuenta que el art. 82.3 ET se refiere al descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo, entendemos el papel que puede asumir este último precepto en relación al cambio de funciones es el de la alteración de las funciones pactadas en el propio convenio colectivo. Es decir, la modificación de funciones atribuidas a cada grupo profesional. Ahora bien, el art. 82.3 ET sólo se refiere a la modificación de funciones más allá del art. 39 ET. Por lo tanto, no se está admitiendo un descuelgue de la clasificación profesional<sup>97</sup>. Recordemos a estos efectos que la clasificación profesional supone la determinación del conjunto de tareas de cada grupo. Dicho de otra manera: no parece admisible que por la vía del art. 82.3 ET se desarrollen cambios de funciones que impliquen en la práctica una alteración del sistema de clasificación profesional (suprimiendo grupos profesionales, o manteniendo formalmente un grupo, si bien permitiendo que esos trabajadores desarrollen todas o las sustanciales tareas de un grupo inferior), pues el legislador no ha previsto el descuelgue de condiciones relativas a la clasificación profesional. De otro lado, es evidente que también sería inviable

---

<sup>97</sup> Vid. la STSJ de Valencia de 8 de febrero de 2022, AS 2022\789.

la alteración de la adscripción de concretos trabajadores a un grupo profesional, pues es algo que está reservado al acuerdo individual entre trabajador y empresario y que ni siquiera se regula en el marco del art. 39 ET.

Para terminar con las condiciones que pueden verse afectadas por un descuelgue, tenemos a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, cuestión que evidentemente no puede ser alterada por decisión unilateral del empresario<sup>98</sup>. Esta inclusión tiene un sentido claramente económico, pues lo que se está planteando es la posibilidad de que las empresas dejen de abonar cantidades económicas que pueden suponer un importante coste, de manera que amenace su estabilidad económica al reducir sus recursos. De otro lado, en la práctica esta posibilidad va a suponer que el descuelgue de condiciones afecta no sólo a los trabajadores en activo, sino también a aquellos que ya hayan cesado en el trabajo y estén disfrutando de posibles mejoras tras la extinción del contrato.

Estas son las diferentes materias que pueden resultar alteradas como consecuencia del descuelgue o inaplicación de condiciones. Como hemos señalado, se trata de una lista cerrada; por lo tanto, no es factible un descuelgue de otras materias diferentes. No obstante, debemos subrayar la posibilidad de acudir a otra vía diferente para la alteración del contenido del convenio colectivo: la revisión del mismo. Esta posibilidad se establece en el art. 86.1 ET en sede de regulación de la vigencia del convenio colectivo. Se trata, como vamos a ver a continuación, de una posibilidad del todo distinta a la prevista por el art. 82.3 ET. Hemos visto como este precepto plantea la posibilidad de evadir la aplicación de un convenio colectivo en vigor y, por tanto, aplicable a la empresa; posibilidad a la que sólo puede acudir cuando se producen ciertas causas (ciertamente generales y amplias), que se sustancia a través de un procedimiento simplificado (un acuerdo de empresa) y que tiene un contenido material limitado. Sin embargo, la revisión del convenio es más parecido a una “reforma” del convenio; es decir, los sujetos con capacidad y legitimación para negociar, pueden “renegociar” el convenio, a través del procedimiento de negociación estándar, sin necesidad de una causa específica y sin limitación material concreta. Además, la revisión se refiere al propio convenio, no se trata de inaplicar ciertos aspectos de un convenio de ámbito superior, sino de modificar lo previamente pactado por sujetos que cuentan con idéntica legitimación negocial. Se trata, en definitiva, de otra vía de adaptación a las posibles alteraciones de circunstancias productivas de la empresa o del sector; siendo una posibilidad factible en convenios que tengan previsto un largo período de vigencia.

---

<sup>98</sup> SAN de 3 de abril de 2017, AS 2017\560; STSJ de Canarias de 5 de mayo de 2015, AS 2016\154.

De otro lado, cabe señalar que las materias que pueden ser objeto de descuelgue no pueden afectar, siquiera de manera circunstancial, a las obligaciones adquiridas en materia de igualdad de género y no discriminación por dicho motivo. Ello supone un doble límite, pues al límite material consistente en un conjunto limitado de condiciones que pueden ser objeto de descuelgue, se une que la inaplicación de condiciones no puede afectar a los compromisos sobre discriminación por razón de género adquiridos en el convenio, o en el plan de igualdad aplicable a la empresa. Con ello el legislador pretende salvaguardar del ámbito de la modificación sustancial aquellos aspectos que estén vinculados con la prohibición de discriminación; o dicho de otro modo, que un instrumento dirigido a facilitar una reorganización de la empresa no pueda favorecer de alguna manera un resultado discriminatorio. En puridad, lo que pretende es evitar que el descuelgue sea utilizado como mecanismo para obviar dichos compromisos. Con esta norma también se pretende garantizar la eficacia de las reglas antidiscriminatorias incluidas en el convenio y especialmente los mecanismos de acción positiva que se hayan podido consagrar<sup>99</sup>. Se trata de impedir que el descuelgue interfiera en los acuerdos expresamente establecidos sobre supresión de la discriminación por razón de género. Como es lógico, la negociación colectiva también se hace eco de esta cuestión, pudiendo encontrar referencias expresas a la misma, si bien se trata de meras reiteraciones de la regulación legal<sup>100</sup>.

Tal como hemos señalado anteriormente, las materias que pueden ser objeto de inaplicación están tasadas, pues de manera expresa el art. 82.3 ET se ha referido a un conjunto concreto y determinado de materias, sin que exista una regla que permita la ampliación de las mismas. Ahora bien, ¿cabe la posibilidad de reducir el conjunto de materias en las que es posible el descuelgue? Desde mi punto de vista la negociación colectiva puede establecer límites a las materias señaladas expresamente por el legislador, de modo que se restrinjan las condiciones de trabajo susceptibles de inaplicación. Ello supone, evidentemente, una reducción de las capacidades de flexibilidad y de adaptación a las cambiantes circunstancias productivas o económicas de la empresa.

Ahora bien, siendo cierto que es posible la reducción del ámbito material del descuelgue, no es frecuente que la negociación colectiva lo haga. Por lo tanto, es una posibilidad más teórica que real por no haber sido aplicada. Debe reconocerse que normalmente los convenios no suelen referirse a cuáles pueden ser las condiciones objeto de inaplicación (justamente, por ello, no vamos a referirnos a todos los que ignoran esta cuestión), siendo muy escasos los que sí regulan esta cuestión. Normalmente, estos convenios reiteran lo establecido por el art.

---

<sup>99</sup> ROLDAN MARTINEZ, A.: *Op. cit.*, pág. 261.

<sup>100</sup> CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC provincial de la Industria de la Alimentación (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019), art. 46.

82.3 ET en su segundo párrafo, o se remiten a lo allí dispuesto<sup>101</sup>. No obstante, en algunos casos podemos encontrar alguna diferencia. Así, hay algún caso en se hace referencia expresa a que de entre las diferentes condiciones a las que hace referencia el art. 82.3 ET, pondrán inaplicarse sólo alguna de ellas, lo que supone una evidente limitación a esta capacidad empresarial<sup>102</sup>. En otros casos, parece que estamos más ante un olvido al enumerar el convenio las condiciones que puedan ser inaplicadas y alteradas (lo que cuestiona si en estos casos, sería posible el descuelgue respecto de la concreta materia objeto de dicho olvido)<sup>103</sup>. En otros casos, ocurre justamente lo contrario, se incluyen cuestiones no previstas por la regulación legal, lo que plantea, evidentemente, si dicha regulación convencional es contraria a la regulación legal<sup>104</sup>.

Desde la perspectiva de la regulación colectiva de la inaplicación, encontramos una situación que es bastante interesante: convenios colectivos que regulan sólo el descuelgue salarial<sup>105</sup>; es decir que, a la hora de regular la inaplicación,

<sup>101</sup> En este sentido puede acudirse a los CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7; CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21; CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40; CC de Clínica Mompía, SAU (BO de Cantabria de 3 de febrero de 2020), art. 43; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), Disp. Adic. 5ª.

<sup>102</sup> CC de CAF, SA (BOP de Zaragoza de 24 de octubre de 2014), art. 56.

<sup>103</sup> Así, el CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7, no se refiere al sistema de rendimiento.

<sup>104</sup> Por ejemplo, en el caso del CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7, se incluye entre las materias que pueden ser susceptibles de inaplicación la “garantía salarial”. Para determinar si esta inclusión es, o no, conforme a la regulación legal, debemos tener en cuenta cuál es el contenido de dicha materia. En el caso concreto, probablemente habría que concluir que no supone un exceso respecto de la regulación legal, pues se trata de una materia incluida dentro del sistema de remuneración y cuantía salarial.

<sup>105</sup> Entre la negociación colectiva más reciente pueden verse, como meros ejemplos, el CC de Urkunde, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022) art. 15; CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC del sector de lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de 17 de marzo de 2020), art. 60; CC estatal para establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25; CC del sector de oficinas y despachos de la provincia de Valencia (BOP de 20 de diciembre de 2019), art. 61; CC del Comercio Mayorista de Alimentación de la provincia de Alicante (BOP de 28 de junio de 2019), art. 11; CC provincial de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27; CC provincial de la Industria de la Alimentación (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019), art. 46; CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

no lo hacen de manera general sino refiriéndose en exclusiva a una de las condiciones en que es posible el descuelgue. Probablemente ello puede explicarse en función del retraso con el que algunos convenios colectivos tienden a incorporar las novedades que se producen en nuestro ordenamiento. Me refiero al hecho de que el régimen jurídico anterior sólo preveía el descuelgue salarial, regulando la posibilidad de la inaplicación de otras condiciones a través de la modificación sustancial. Ello ha supuesto que este modelo se haya mantenido a lo largo del tiempo, desde entonces, pese a que la regulación actual ha refundido ambas cuestiones e incorpore en el art. 82.3 ET no sólo al salario, sino a otras condiciones de trabajo. Dado que se regula sólo el descuelgue salarial, podemos encontrar reglas aplicables en exclusiva a esta cuestión; por ejemplo, que las empresas afectadas por la regulación salarial del convenio de sector dispongan de un plazo para iniciar el procedimiento de descuelgue desde la entrada en vigor de esta regulación<sup>106</sup>.

Estas regulaciones convencionales que se refieren sólo al descuelgue salarial hacen que nos planteemos una pregunta: ¿pretenden los convenios colectivos que establecen una regulación sólo del descuelgue salarial limitar la capacidad empresarial de inaplicar otras condiciones de trabajo diferentes? Desde mi punto de vista esta conclusión sería errada. De entrada, si bien hay convenios que se limitan a regular sólo el descuelgue salarial, de la literalidad de los mismos no se deduce que exista una limitación expresa a la inaplicación de otras condiciones de trabajo. Es decir, hay que estar a lo que realmente se ha regulado en el convenio, de manera que si en el mismo no se señala expresamente la limitación no podría entenderse que sólo es posible el descuelgue salarial. Por otra parte, el hecho de que se regule en convenio sólo el descuelgue salarial no elimina, de manera alguna, la regulación legal del descuelgue, por lo que siempre es posible acudir a dicha regulación legal (salvo, insisto, proscripción expresa del resto de condiciones de trabajo).

## D.5.6. Procedimiento de descuelgue

### *D.5.6.1. La remisión al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.4 ET)*

En este punto el art. 82.3 ET se remite al art. 41.4 ET, lo que evidencia las íntimas relaciones entre descuelgue y modificación sustancial de condiciones de trabajo, compartiendo ambos elementos procedimentales que resultan esenciales. Vamos a intentar no extendernos en exceso en esta materia,

---

<sup>106</sup> CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

pues también se trata esta cuestión en este mismo volumen, como es lógico, concretamente en el análisis de la modificación sustancial de condiciones de trabajo como elemento de flexibilidad interna. Por todo ello nos vamos simplemente a referir a concretas cuestiones que nos parecen especialmente relevantes dentro del procedimiento regulado por el señalado art. 41.4 ET, aplicable al descuelgue de condiciones de trabajo.

El procedimiento contenido en el art. 41.4 ET resulta esencial, de manera que, si no se observan sus previsiones, el acuerdo será nulo<sup>107</sup>. De otro lado, este precepto reitera cuestiones ampliamente conocidas en nuestro ordenamiento, de entrada, la necesidad de un período de consultas con los representantes de los trabajadores; de igual manera, el período de consultas debe versar sobre las causas motivadoras (si existe o no causa), y sobre la necesidad de atenuar las consecuencias que la modificación puede suponer para los trabajadores afectados. De otro lado se reitera la regla que impone la obligación de negociar en base a la buena fe con vistas a conseguir el acuerdo<sup>108</sup>. Sobre esta cuestión debemos destacar que se establece legalmente la obligación de negociar de buena fe. Necesariamente debe llamarse la atención de que esta obligación se plantea en el marco de una revisión de lo establecido en un convenio colectivo, pues no es otra cosa la que se pretende realizar a través del descuelgue. Lo resalto pues, justamente, el precepto general que establece la obligación de negociar en base a la buena fe, me refiero al art. 89.1 ET, señala que dicha obligación de negociar no surge cuando no se trata de revisar un convenio ya vencido<sup>109</sup>. Es realmente interesante que ahora se establece dicha obligación, justamente, para inaplicar el convenio en vigor. La jurisprudencia ha señalado que en caso de alcanzarse el acuerdo de inaplicación no es necesario la notificación individual a cada trabajador afectado<sup>110</sup>.

Un ámbito que nos parece especialmente interesante a los efectos del descuelgue es el relativo a los sujetos legitimados para negociar durante el período de consultas y, en su caso, alcanzar el acuerdo que requiere el ordenamiento.

---

<sup>107</sup> STS de 30 de junio de 2016, RJ 2016\3939; SAN de 12 de enero de 2022, AS 2022\435; STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2014, AS 2014\2271.

<sup>108</sup> La doctrina laboral ha subrayado que aun cuando el art. 41.4 ET nada especifica en relación con una posible obligación empresarial de facilitar información a los representantes de los trabajadores, la exigencia de negociar de buena fe implica necesariamente que la empresa deba facilitar toda la información relevante para acreditar la causa alegada. En este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna»”, *op.cit.*, pág. 49.

<sup>109</sup> *Vid.* GARCIA BLASCO, J.: “Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo (I)”, *Actualidad Laboral* nº 2, 1988, pág. 946.

<sup>110</sup> STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2017, AS 2017\2086.

A tenor de lo previsto por el art. 82.3 ET, el acuerdo será negociado entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto por el art. 87.1 ET. Dicho de otra manera, están legitimados los sujetos que pueden negociar un convenio colectivo de empresa a tenor de lo previsto por el art. 87.1 ET. Se pretende, por tanto, que el acuerdo de descuelgue sea tomado por representantes que alcancen un alto nivel de representatividad; de hecho, los mismos que pueden negociar un convenio colectivo. Ello supone la nulidad de aquellos acuerdos de inaplicación en los casos de falta de legitimación<sup>111</sup>.

Al igual que ha sucedido con la regulación sobre legitimación para negociar convenios colectivos (art. 87.1 ET), la regulación sobre el período de consultas ha incorporado la regla relativa a la prioridad de las secciones sindicales para el desarrollo de las negociaciones<sup>112</sup>. Con ello se resuelve expresamente por el legislador el tradicional problema de determinación de la representación laboral cuando tanto la unitaria como la sindical deseaban asumir las funciones negociadoras: según lo previsto tanto por el art. 41.4 como por el art. 87.1 ET, la interlocución como representantes de los trabajadores corresponderá a las secciones sindicales (siempre que sumen la mayoría de la representación unitaria); se cierra la puerta a que sea la decisión empresarial la que resuelva esta cuestión<sup>113</sup>. En todo caso hay que tener en cuenta que esta prioridad sólo surgirá “cuando así lo acuerden” y siempre y cuando sumen la mayoría del órgano de representación unitaria; es decir, no se atribuye la prioridad de manera automática, sino que es necesario que las secciones sindicales se manifiesten de manera expresa, y deben cumplir siempre que el requisito de representatividad que se exige para que las secciones asuman funciones negociadoras. En algún caso, directamente el convenio colectivo establece que será la sección sindical el sujeto negociador por parte de los trabajadores<sup>114</sup>. Por lo demás, el art. 41.4 ET realiza un esfuerzo de agotar todas las posibles situaciones que pueden producirse a la hora de determinar los distintos interlocutores que pueden sentarse a negociar una modificación sustancial o, por remisión del art. 82.3 ET, un descuelgue<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> SAN de 25 de septiembre de 2014, AS 2014/2803.

<sup>112</sup> En este mismo sentido, podemos encontrar algunos convenios, como el CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21.

<sup>113</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales* nº 23-24, 2011, pág. 184.

<sup>114</sup> CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28.

<sup>115</sup> No resulta, pues, extraño, que los convenios se remitan a lo establecido por el art. 41.4 ET sobre esta cuestión; así el CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21.

Pero en esta concreta cuestión resalta, sobre todo, el supuesto de ausencia de sujetos legitimados para negociar por parte de los trabajadores. Me refiero a la situación de los casos de inexistencia de representación de los trabajadores. La cuestión es absolutamente esencial, pues para el descuelgue, igual que en la modificación sustancial, se requiere un proceso de negociación a través del que se persigue el acuerdo con la representación de los trabajadores. Pues bien, ¿qué ocurre en los casos en que no existe representación de los trabajadores? En estos casos es evidente que el acuerdo no sería posible por falta de sujetos legitimados y la consecuencia también sería evidente: no cabría el descuelgue<sup>116</sup>. Es decir, habría todo un conjunto de empresas en las que este mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo no podría aplicarse, de manera que no tendrían acceso a las posibilidades de una mayor flexibilidad<sup>117</sup>.

El problema, como vemos era importante y para hacer frente a esta cuestión el legislador ha creado la posibilidad de acudir a una representación “de circunstancias” de los trabajadores. Es decir, se han rebajado o simplificado por el legislador las reglas y principios en materia de representación de trabajadores, admitiendo órganos de representación de intereses de los trabajadores fuera de tales cánones y de manera específica para negociar el descuelgue.

Concretamente se establece que “podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4”<sup>118</sup>. Se produce una nueva remisión a lo previsto en esta última norma sobre el procedimiento de las modificaciones sustanciales. En todo caso, debemos destacar que esta posibilidad no se ciñe en la actualidad exclusivamente al supuesto del descuelgue, sino que se aplica a otras situaciones diferentes donde se pretende negociar para alcanzar un acuerdo de repercusiones colectivas: así, la podemos encontrar igualmente en diversos supuestos de períodos de consultas, tal como ocurre con los arts. 41.4 ET (modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo), 40.2 ET (traslado colectivo), 47.1 ET (suspensión de carácter colectiva), 51.2 ET (despido colectivo) y 82.3 ET (descuelgue de condiciones)<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley (...)”, *op.cit.*, pág. 18.

<sup>117</sup> LOPEZ AHUMADA, E.: “La apuesta (...)”, versión digital.

<sup>118</sup> También es posible encontrar cómo esta cuestión se reitera por parte de la negociación colectiva, así, el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46.

<sup>119</sup> NIETO ROJAS, P., se refiere al hecho de que los diferentes preceptos establezcan una regulación común, señalando que estamos ante una solución unitaria o transversal. “Comisión *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en VV.AA., coordinados por R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pág. 59.

Pues bien, a tenor de la remisión a lo previsto por el art. 41.4 ET, habría dos posibilidades distintas para conformar una comisión “*ad hoc*” que negociase la posibilidad del descuelgue. En primer lugar, una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa; en segundo lugar, una comisión integrada por representantes de los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector al que pertenece la empresa. En ambos casos el número de integrantes no puede superar el máximo de tres. La opción entre una u otra corresponde exclusivamente a los trabajadores (“podrán optar...a su elección”). Nada se señala en cuanto al procedimiento para determinar cómo se tomará dicha decisión, pero parece que ha de realizarse a través de una asamblea, con los requisitos y exigencias por el ordenamiento en cuanto a convocatoria y mayorías de aprobación<sup>120</sup>.

Caso de que se elija una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa, es necesario que éstos sean elegidos democráticamente por los propios trabajadores, tal como señala el art. 41.4 ET. Sin embargo, no se establece expresamente un procedimiento para realizar la elección. Tan sólo se señala que la elección debe realizarse en el plazo de cinco días desde el inicio del procedimiento de consultas. Probablemente lo más adecuado sea acudir a una asamblea de trabajadores; de hecho, tal como ya hemos señalado, será a través de asamblea de trabajadores la vía para decidir la opción entre una comisión de trabajadores o sindical. En todo caso, si se utiliza este sistema de elección, debería tenerse en cuenta que el art. 80 ET establece la exigencia de una mayoría de aprobación de los trabajadores de la empresa, no de los asistentes a la asamblea. Por otra parte, también ha de resaltarse que para el funcionamiento de la asamblea de trabajadores se requiere que esté presidida por la representación unitaria y, en este caso, es evidente que ello sería imposible<sup>121</sup>. También es posible plantear que las reglas sobre asamblea no resulten de aplicación a la designación de la comisión, ya sea por no existir una regulación específica sobre la cuestión, o bien por estimar la necesidad de una respuesta flexible a la falta de representación de los trabajadores.

En todo caso, la designación de los integrantes de la comisión debe producirse por y entre los trabajadores de la empresa. Por lo tanto, no cabe incluir en este órgano a sujetos ajenos a la empresa. Tampoco entendemos que resulte de aplicación las exigencias para ser elector o elegible en un proceso de elección a representantes unitarios de los trabajadores, pues nada ha especificado el orde-

---

<sup>120</sup> En este sentido NAVARRO NIETO F.: “Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva”, *Temas Laborales* nº 107 (2010), pág. 208; de la misma opinión LORENTE RIVAS, A.: *Op. cit.*, pág. 223.

<sup>121</sup> En este sentido NIETO ROJAS, P.: *Op. cit.*, pág. 68.

namiento y no debe realizarse una interpretación restrictiva cuando la intención del legislador es favorecer al máximo la flexibilidad de las soluciones. En todo caso, lo que sí ha de admitirse es la necesidad de que los integrantes de la representación *ad hoc* tenga plena capacidad jurídica y de obrar<sup>122</sup>.

En segundo lugar, cabe la designación de una comisión sindical; es decir, integrada por representantes de los sindicatos. Ciertamente debemos admitir que existe un importante obstáculo para utilizar esta vía y es el hecho de que sólo pueden ser tres los integrantes de la comisión por parte laboral. Teniendo en cuenta que deben estar representados tanto los sindicatos más representativos como los simplemente representativos, es evidente que un número tan reducido puede dificultar esta vía de representación, pudiendo generarse problemas importantes<sup>123</sup>. En este caso, han de ser los propios sindicatos quienes procedan a designar los integrantes de la comisión. Los trabajadores afectados por el descuelgue sólo serán tenidos en cuenta en el momento de determinar qué vía de representación "*ad hoc*" prefieren; pero si se inclinan por la representación sindical, la designación de los integrantes de la misma va a corresponder a los propios sindicatos y no a los trabajadores. De hecho, la designación se realiza "según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos" (es decir los incluido en los arts. 6, 7.1 y 7.2 LOLS) del sector al que pertenezca la empresa; se trata de un criterio de proporcionalidad representativa<sup>124</sup>. Los sindicatos deben estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación; por lo tanto, deben ostentar la mayoría de representación del sector en la mesa negociadora para entender que esta se encuentra válidamente constituida (art. 88.2 ET)<sup>125</sup>, y no a la legitimación para negociar regulada en el art. 87 ET.

La designación de los integrantes de la comisión debe realizarse en el plazo de cinco días desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer paralización de dicho período de consultas. Ciertamente el plazo es tremendamente breve, especialmente para la designación de una comisión sindical (baste pensar que en este caso pudiera ser necesario es un certificado del organismo público sobre la representatividad del sindicato, lo cual va a consumir buena parte de dichos cinco días). La falta de designación no supondrá la paralización del período de consultas de quince días, lo que supone

---

<sup>122</sup> NIETO ROJAS, P., afirma que es necesario cumplir los requisitos para tener derecho a la elección activa en procesos de elecciones sindicales; *Op. cit.*, pág. 69.

<sup>123</sup> Escudero Rodríguez, R.: "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011", *Relaciones Laborales* nº 23-24 de 2011, pág. 327.

<sup>124</sup> NAVARRO NIETO, F.: *Op. cit.*, pág. 209.

<sup>125</sup> De esta opinión NIETO ROJAS, P.: *Op. cit.*, pág. 70.

que cada día que se consume para nombrar a la comisión implica una reducción del propio plazo de negociación<sup>126</sup>; cuestión que no parece tenga una excesiva lógica. Los acuerdos de la comisión requieren el voto favorable de la mayoría de los integrantes: se refiere la norma, al voto favorable de los representantes de los trabajadores que integran la comisión *ad hoc*; de manera que sólo con esta mayoría se entiende lícitamente configurada la decisión de los trabajadores.

La experiencia demuestra que normalmente los trabajadores se inclinan por comisiones de carácter laboral; es decir, integrada por trabajadores de la propia empresa. Ello se justifica tanto por la brevedad de los plazos, lo que aconseja acudir al procedimiento más simple de designación, y de otro lado lo más lógico es que en una empresa de pequeñas dimensiones se desconfíe de una comisión integrada por sujetos externos a la misma<sup>127</sup>. Que los trabajadores estén representados a través de una comisión *ad hoc* integrada por los propios trabajadores, suscitó desde el primer momento críticas entre la doctrina laboral que cuestiona su carácter como verdadero órgano de representación. Desde luego no estamos ante un órgano de representación de los intereses de carácter estable de los trabajadores, sino ante un mecanismo por el que puntualmente se acude a una solución de excepción para poder negociar una determinada cuestión como es (en este caso) el descuelgue. Hay que tener en cuenta que la ausencia de representación se va a producir fundamentalmente en el ámbito de las pequeñas o pequeñísimas empresas, donde no hay presencia sindical alguna y donde los trabajadores no han tenido práctica negociadora con su empresario. Al tratarse de ámbitos muy reducidos y al no existir una regulación mínimamente clara sobre el procedimiento es perfectamente previsible que se produzca un importante nivel de interferencia del empresario<sup>128</sup>.

Evidentemente esto va a cuestionar de manera directa que la comisión realice una defensa adecuada de los intereses de los trabajadores. En todo caso, también es cierto que la jurisprudencia ha venido realizando una intensa y meritoria labor de integración de este especial mecanismo en el sistema de representación de los trabajadores. No es objetivo de este trabajo analizar esta cuestión, por lo que debemos dejarla de lado. No obstante, debemos señalar que la posibilidad de contar con este tipo de sistema de representación de intereses de los trabajadores se configura como otro instrumento más de flexibilidad interna, por lo que es objeto de estudio también en este volumen. En todo caso, también debe señalarse como, desde el primer momento del proceso de reformas 2010-2012,

---

<sup>126</sup> NIETO ROJAS, P.: *Op. cit.*, pág. 71.

<sup>127</sup> FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, en MONEREO PÉREZ, J.L (dirs.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada 2011, pág. 245.

<sup>128</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “Dos reformas trenzadas (...)”, *Op.cit.*, pág. 326.

la doctrina laboral criticó esta solución de un sistema extraordinario de representación de los trabajadores, especialmente en el caso de las comisiones integradas por trabajadores: desde la posibilidad de sufrir presiones empresariales<sup>129</sup>, desde el mismo momento en que los trabajadores vayan a optar entre una comisión sindical o laboral<sup>130</sup>; lo que puede generar que el procedimiento de consultas se convierta en un mero trámite de aceptación de la propuesta formulada por parte de la empresa<sup>131</sup>. Diferente opinión se ha sostenido respecto de la comisión de carácter sindical, pues se estaría utilizando una vía de representación más cercana a los cánones ordinarios de la representación de los trabajadores en la empresa<sup>132</sup>.

Desde mi punto de vista, quizás la principal crítica que difícilmente pueda entenderse subsanada por la atenta doctrina jurisprudencial que se ha dedicado, con delicada atención, a resolver los problemas de este sistema de representación: que el legislador reconoce la posibilidad de que una comisión que carece de legitimación para negociar un convenio, sin embargo, puede decidir (junto con el empresario) la inaplicación de un convenio estatutario y la sustitución de parte de su contenido. Debemos recordar cómo la fuerza vinculante del convenio colectivo depende de la existencia de sujetos con legitimación suficiente para negociar tales convenios. La clave de la eficacia normativa reside en la capacidad representativa de quienes negocian, siendo evidente que en la comisión *ad hoc* estamos muy lejos de los estándares fijados legalmente para negociar y aprobar un convenio estatutario, la comisión escapa a las reglas de capacidad y legitimación de los arts. 87 y 88 ET, lo cual supone en la práctica la depreciación del carácter normativa del convenio colectivo<sup>133</sup>, situación que no parece la más adecuada a nuestro sistema<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> OJEDA AVILES, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid 2010, pág. 598; también ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley (...)”, *Op. cit.*, pág. 47; ALFONSO MELLADO, C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 113.

<sup>130</sup> FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *Op. cit.*, pág. 244.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> En este sentido LOPEZ TERRADA, E.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva de empresa”, *Documentación Laboral* nº 91 (2011), pág. 63. De igual manera LOPEZ TERRADA, E.: “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 9 de 2011, pág. 21.

<sup>133</sup> De esta opinión GORELLI HERNANDEZ, J.: “Flexibilidad interna (...)”, *Op. cit.*, pág. 407; o ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “Dos reformas trenzadas (...)”, *Op. cit.*, pág. 327.

<sup>134</sup> MOLERO MARAÑON, M.L.: “El nuevo modelo (...)”, *Op. cit.*, pág. 166.

Si analizamos esta cuestión desde la perspectiva de la negociación colectiva, debemos tener en cuenta que la determinación de la representación de los trabajadores a los efectos de negociar el descuelgue es una regulación de carácter imperativo, es por ello que la negociación colectiva, o no se refiere a esta cuestión, o se limita bien a reiterar las normas legales o a remitirse a las mismas<sup>135</sup>.

#### D.5.6.2. El acuerdo de descuelgue y su eficacia temporal y subjetiva

A través del procedimiento de negociación regulado por el art. 41.4 ET es posible que las partes lleguen a un acuerdo. En realidad, el contenido del acuerdo es, necesariamente, doble. De un lado las partes acuerdan inaplicar ciertas condiciones reguladas en el convenio colectivo de referencia, y de otra, proceder a la sustitución de dichas condiciones por una nueva regulación, lógicamente de carácter peyorativo. Por lo tanto, no es suficiente acordar la inaplicación de ciertas condiciones reguladas en el convenio, sino que es necesario establecer una regulación alternativa que llene el vacío que se genera por dicha inaplicación. El legislador ha establecido la obligación de especificar las nuevas condiciones (“deberá determinar”), y ello es absolutamente lógica, pues de lo contrario se estaría facilitando no sólo una situación de inseguridad jurídica, sino la posibilidad de que el empresario pudiese determinar de manera unilateral alguna de las condiciones que previamente se declaran inaplicable<sup>136</sup>. De esta manera, también la negociación colectiva reitera la necesidad de que en el acuerdo se concreten con exactitud las nuevas condiciones aplicables en la empresa y la duración de su aplicación<sup>137</sup>. En algún caso, podemos encontrar convenios que puntualizan ciertos efectos de la nueva regulación, concretamente en materia salarial y su proyección sobre el despido: se establece que en caso de extinción del contrato de trabajo durante el período de descuelgue, si el salario es de las condiciones inaplicadas, habrá que estar al salario de origen y no al salario inferior establecido por el procedimiento de inaplicación<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> *Vid.* en este sentido de la nula innovación sobre esta materia el CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; o el CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC estatal para las empresas de gestión y medición inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 2ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC provincial de la Industria de la Alimentación (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019), art. 46.

<sup>136</sup> En este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *Op. cit.*, pág. 255.

<sup>137</sup> CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7.

<sup>138</sup> CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28.

En cuanto a la eficacia temporal el art. 82.3 ET señala que “su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Se pretende, por tanto, configurar al acuerdo de descuelgue como un instrumento de carácter transitorio y coyuntural<sup>139</sup>. Por tanto, la inaplicación no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte de aplicación a la empresa un nuevo convenio<sup>140</sup> (no obstante, es posible que el nuevo convenio mantenga de alguna manera la inaplicación<sup>141</sup>). La regla supone una duración máxima (lo que supone que no podrá prorrogarse la eficacia del descuelgue más allá, salvo nuevo acuerdo colectivo, no siendo admisible la decisión unilateral del empresario<sup>142</sup>). No es extraño que la negociación colectiva se refiera expresamente a la necesidad de que en el acuerdo conste la previsión temporal de la inaplicación, de manera que tras su finalización se recuperarán las condiciones establecidas en el convenio; no obstante, debemos tener en cuenta que normalmente esta regulación convencional no es sino una reiteración de lo previsto legalmente<sup>143</sup>.

No obstante, lo anterior no significa que las partes negociadoras no puedan fijar una eficacia temporal de dicha inaplicación más limitada, pues la norma legal establece un plazo máximo de inaplicación; luego es factible pactar un acuerdo de empresa con duración inferior a la prevista en el convenio colectivo que se inaplica<sup>144</sup>.

La concreción de un plazo a los efectos de la inaplicación supone, por ejemplo, el derecho a las cantidades afectadas por un descuelgue a partir de la fecha de pérdida de efectos de dicha inaplicación<sup>145</sup>. En todo caso, habrá que estar al plazo fijado aun cuando pueda entenderse que se han superado las causas motivadoras del descuelgue<sup>146</sup>.

---

<sup>139</sup> De esta misma opinión LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial”, en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (dirs.): *La reforma laboral de 2010*, Editorial Reus, Madrid 2011, página 371; o ROLDAN MARTINEZ, A.: *Op. cit.*, pág. 263.

<sup>140</sup> STS de 26 de junio de 2018, RJ 2018\3753.

<sup>141</sup> *Vid.* en este sentido la STS de 10 de julio de 2019, RJ 2019\3290.

<sup>142</sup> STSJ de Andalucía de 6 de abril de 2017, AS 2017\1202.

<sup>143</sup> CC Transitorios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21; CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102.

<sup>144</sup> En este sentido CRUZ VILLALON, J.: *Op. cit.*, pág. 245.

<sup>145</sup> STSJ de Canarias de 30 de junio de 2016, AS 2016\286.

<sup>146</sup> En este sentido la STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 2017, AS 2017\1005.

Lo más habitual es negociar un descuelgue que se prolonga hasta el momento en que resulte aplicable un nuevo convenio. Ello supone que se prolonga no sólo durante la vigencia ordinaria del convenio, sino también en los supuestos de prórroga y de ultraactividad<sup>147</sup>, hasta que un nuevo convenio resulte de aplicación en la empresa. Esto supone que el descuelgue no puede tener eficacia más allá de la vigencia del convenio al que afecta<sup>148</sup>. De igual manera, entendemos que, si el nuevo convenio colectivo tiene eficacia retroactiva, dicha retroactividad afecta también a los casos de inaplicación. Por el contrario, un acuerdo de descuelgue no puede tener eficacia retroactiva, es decir, no puede afectar a condiciones de trabajo ya disfrutadas por los trabajadores, a derechos que ya han sido devengados, tal como se ha señalado por la doctrina laboral<sup>149</sup> y se ha reiterado por parte de la jurisprudencia<sup>150</sup>.

Debe destacarse cómo en algún convenio, al margen de establecerse el período de vigencia de la inaplicación, establecen, además, la exigencia de que el acuerdo de inaplicación regule la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones establecidas en el convenio<sup>151</sup>. También podemos encontrar supuestos en los que se señala la necesidad de establecer sistemas de seguimiento de lo acordado y de la existencia real y continuada de las causas alegadas; así como la inclusión de procedimientos de revisión del acuerdo para el caso en que las causas que lo motivaron desaparezcan o se modifiquen<sup>152</sup>.

En cuanto a la eficacia subjetiva, estimo que tiene carácter general, de manera que afecta a todos los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del acuerdo de descuelgue. Ahora bien, ¿cabe un acuerdo de descuelgue de ámbito subjetivo más restringido o limitado? Me refiero a la posibilidad de que el acuerdo afecte sólo a ciertas categorías o colectivos de trabajadores de la empresa. Desde mi punto de vista es perfectamente posible; ahora bien, siempre y cuando no suponga una situación de discriminación para estos trabajadores. Por lo tanto, parece conveniente actuar con cierta cautela en estos casos<sup>153</sup>.

---

<sup>147</sup> GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, página 113. Jurisprudencialmente *Vid.*, la STS de 23 de diciembre de 2015, RJ 2015\6215.

<sup>148</sup> STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2019, AS 2019\1504.

<sup>149</sup> En similar dirección LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 370; también FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *Op. cit.*, pág. 256; o GALA DURAN, C.: *Op. cit.*, pág. 1311.

<sup>150</sup> En este sentido pueden verse las SSTs de 7 de julio de 2015, RJ 2015\3245; 15 de julio de 2015, RJ 2015\4768; 16 de septiembre de 2015, RJ 2015\4530; 26 de junio de 2018, RJ 2018\3753. También las SSTSJ de Canarias de 21 de junio de 2016, AS 2016\1667; Andalucía de 30 de junio de 2016, AS 2016\1443; Asturias de 12 de julio de 2016, AS 2016\1488; Canarias de 23 de julio de 2019, AS 2019\2156; País Vasco de 13 de diciembre de 2016, AS 2016\1997; Madrid de 14 de marzo de 2017, AS 2017\753.

<sup>151</sup> Así el CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28.

<sup>152</sup> CC de Laboratorios Ordesa, SL (BOP de Barcelona de 7 de mayo de 2019), art. 89.

<sup>153</sup> Sobre la cuestión, *Vid.* FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, *Op. cit.*, pág. 256.

Cuestión importante es subrayar que el legislador nada ha establecido sobre la posibilidad de extinción del contrato a instancia del trabajador, como sí ocurre en los casos de modificación sustancial del contrato de trabajo. En algún caso es posible encontrar jurisprudencia favorable a entender que, dadas las similitudes con las modificaciones sustanciales de condición, en el caso de descuelgue, también tiene el trabajador la posibilidad de extinguir indemnizadamente el contrato de trabajo<sup>154</sup>; sin embargo, no parece que sea la solución más adecuada<sup>155</sup>.

Por otra parte, también podemos plantearnos la posibilidad de que la eficacia subjetiva del acuerdo de empresa en materia de descuelgue pueda ir más allá de los trabajadores que mantengan relación laboral con la empresa. Me refiero a la posibilidad de que el acuerdo de empresa pueda afectar a los antiguos trabajadores de la empresa, hoy pensionistas. Recordemos que el art. 82.3 ET admite el descuelgue en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Desde este punto de vista es evidente que un acuerdo de descuelgue va a afectar a sujetos que ya no son trabajadores de la empresa.

#### *D.5.6.3. Limitaciones a la posibilidad de impugnar el acuerdo de descuelgue*

A tenor de lo previsto por el art. 82.3 ET, la existencia de acuerdo supone presumir que concurren las causas justificadoras del descuelgue, de manera que sólo será admisible impugnar el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. De un lado se establece tanto una presunción como una limitación de las posibilidades impugnatorias del acuerdo<sup>156</sup>, lo que nuevamente favorece la flexibilidad de este mecanismo.

De entrada, el legislador ha establecido una presunción de carácter legal<sup>157</sup>, que actúa cuando se produce el acuerdo, de manera que se entiende existente la causa alegada como justificadora del descuelgue. Desde este punto de vista, la exigencia causal establecida por el propio art. 82.3 ET queda absolutamente relativizada<sup>158</sup>; pasaría así a ser una exigencia dispositiva<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> STSJ de Andalucía de 3 de junio de 2015, AS 2015\1669.

<sup>155</sup> Así, en contra, la STSJ de Navarra de 21 de abril de 2016, AS 2016\1052.

<sup>156</sup> STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2014, AS 2014\971; País Vasco de 11 de noviembre de 2014, AS 2014\3241.

<sup>157</sup> FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial (...)”, *Op. cit.*, pág. 49; *Vid.* también LOPEZ AHUMADA, E.: “La apuesta (...)”, versión digital.

<sup>158</sup> LORENTE RIVAS, A.: *Op. cit.*, pág. 225.

<sup>159</sup> LORENTE RIVAS, A.: *Op. cit.*, pág. 226.

Ahora bien, la existencia de esta presunción nos plantea cuáles son sus efectos desde la perspectiva de la posibilidad de ser atacada; es decir, si existiendo un acuerdo, por el que se presume la existencia de causa, los sujetos afectados podrían demandar la inexistencia de causa, impugnando el acuerdo.

Ciertamente el legislador admite la posibilidad de la impugnación, pero de una manera limitada, pues sólo contempla de manera expresa la impugnación por causas determinadas: dolo, abuso, fraude o coacción. Desde este punto de vista, hay autores que han estimado que estamos ante una presunción *iuris et de iure* dada la limitación de las posibilidades de impugnación del acuerdo<sup>160</sup>. Creo que no es este el planteamiento más adecuado, pues si bien las posibilidades de impugnación son limitadas, lo cierto es que se está admitiendo la posibilidad de impugnación del acuerdo<sup>161</sup>. De hecho, es perfectamente posible encontrar ejemplos de impugnación por estos motivos<sup>162</sup>.

En todo caso, debemos señalar cómo la intención del legislador es la de reducir al máximo la posible judicialización de los acuerdos de descuelgue<sup>163</sup>, facilitando que el acuerdo sea aplicable de manera inmediata cuando existe un acuerdo entre los sujetos legitimados. No obstante, teniendo en cuenta la debilidad de un sistema de representación mediante una comisión *ad hoc* de carácter laboral, la limitada posibilidad de impugnación puede tener bastante importancia<sup>164</sup>, pudiendo acudir a un procedimiento de conflicto colectivo de los regulados en los arts. 153 y ss. LRJS.

Desde una perspectiva de defensa del derecho a la tutela judicial efectiva, cabe señalar cómo reducir las posibilidades de impugnación sólo a las causas antes señaladas, podrían suponer una importante limitación a dicho derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, no existe una lesión de tal derecho, pues si bien es evidente las limitaciones respecto de una impugnación del acuerdo mismo, también debemos resaltar que en la práctica las posibilidades de atacar dicho acuerdo son mayores de lo que aparenta la regulación legal, pues lo que realmente se está limitando es la posibilidad de impugnar el acuerdo. Sin embargo, se dejan intactas otras posibilidades impugnatorias; por ejemplo, se puede discutir que las partes negociadoras tengan o no legitimación para negociar, lo cual es perfectamente controlable en vía judicial, pues no se trata de impugnar

---

<sup>160</sup> En este sentido LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 372.

<sup>161</sup> De ahí que, por el contrario, a la opinión anterior, se haya estimado que estamos ante una presunción *iuris tantum*; así ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 123.

<sup>162</sup> Así la SAN de 19 de abril de 2021, AS 2021\908.

<sup>163</sup> LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 372.

<sup>164</sup> LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 373.

el acuerdo<sup>165</sup>; de igual manera, las exigencias de mayorías de aprobación; la correcta constitución de la comisión *ad hoc*<sup>166</sup>; o el incumplimiento de cuestiones procedimentales esenciales (legales o convencionales, tal como hemos señalado anteriormente). De otro lado, entendemos perfectamente viable la impugnación de la decisión empresarial de aplicar lo acordado, lo cual puede instarse individualmente por parte de cada uno de los trabajadores afectados. Es decir, se trataría, no ya de impugnar el acuerdo por falta de causa, sino de impugnar la aplicación del mismo por dicha falta de causa<sup>167</sup>. En definitiva, es posible diferenciar entre la impugnación del acuerdo como tal, de la impugnación de elementos esenciales del mismo y de su contenido<sup>168</sup>.

Resulta llamativo que, en algún caso, la negociación colectiva reitera esta regulación, cuando se trata de normas que tienen un claro carácter de derecho público<sup>169</sup>; por lo que la regulación negocial de esta cuestión es claramente innecesaria.

#### D.5.6.4. Negociación colectiva y procedimiento de descuelgue

Tal como hemos señalado anteriormente, es posible que la negociación colectiva regule también aspectos puramente procedimentales del descuelgue o inaplicación. Esta es una posibilidad que no atenta contra el hecho de que el legislador haya regulado de manera expresa el procedimiento para alcanzar el descuelgue. Es una de las posibilidades que entran dentro de la propia capacidad de la negociación colectiva. Por lo tanto, no podemos entender rechazable tales regulaciones convencionales. No obstante, si debemos reconocer que esta es una conclusión de carácter general, pues hay cuestiones que están fuera de la capacidad de la negociación colectiva, como, por ejemplo, el funcionamiento interno de la CCNCC o del órgano autonómico que la sustituye.

---

<sup>165</sup> STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2017, AS 2017\1541.

<sup>166</sup> STSJ de Canarias, de 10 de febrero de 2017, AS 2017\737.

<sup>167</sup> *Vid.* STSJ de Andalucía de 3 de junio de 2015, AS 2015\1669.

<sup>168</sup> STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2017, AS 2017\2086.

<sup>169</sup> Como ejemplo, *Vid.* CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28.

El hecho de que la negociación colectiva pueda regular estos aspectos procedimentales genera como repercusión la necesidad de que las partes (especialmente el empresario), respete los trámites pactados en el convenio colectivo<sup>170</sup>. La cuestión tiene relevancia especialmente desde el punto de vista de la posible nulidad de los acuerdos de descuelgue cuando se han alcanzado sin respetar cuestiones procedimentales esenciales establecidas por la negociación colectiva, tal como ha reconocido la jurisprudencia<sup>171</sup>.

Salvo contadas excepciones la regulación de este procedimiento no obedece a la necesidad de aclarar cuestiones puramente procedimentales que podrían, de alguna manera, no estar suficientemente claras en la regulación legal. Tampoco entendemos que, en la mayoría de los casos, se esté pretendiendo concretar ciertos aspectos del procedimiento, como el papel que asumen los diferentes mecanismos de solución extrajudicial o su funcionamiento (muy concretamente, podemos referirnos a la actuación de la comisión paritaria del convenio colectivo). Tampoco podemos detectar que, aun cuando fuese posible, el objetivo de lo negociación sea limitar o impedir, la capacidad empresarial de proceder a la inaplicación a través de un procedimiento alternativo, más complejo. En realidad, lo que vamos a encontrarnos en la mayoría de los casos es una tendencia muy habitual de la negociación colectiva: limitarse simplemente a trasladar al convenio la propia regulación legal.

Lo anterior supone que, en la mayoría de los casos, el convenio colectivo no establece ninguna innovación sobre lo establecido en el ET. De esta manera, podemos encontrar convenios que se limitan simplemente a copiar de manera casi literal lo establecido por el art. 82.3 ET<sup>172</sup>; o bien encontramos supuestos en los que el procedimiento recogido en el convenio es prácticamente idéntico o muy

---

<sup>170</sup> Saez Lara, C.: *Op. cit.*, pág. 334.

<sup>171</sup> *Vid.*, por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2017, AS 2017\1784; Navarra de 26 de junio de 2015, AS 2015\2374.

<sup>172</sup> *Vid.* como ejemplos de este planteamiento el CC de Fomento Valencia Medio Ambiente, S.L. (BOP de Valencia de 7 de noviembre de 2022), art. 8; CC de Fluidmecánica Sur, S.L. (BOE de 17 de enero de 2022), art. 54; CC de la Industrias Almadraberías de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz de 7 de febrero de 2022), cláusula adicional 8ª; CC de Safety Kleen España, S.A. (BOE de 27 de septiembre de 2021), art. 80; CC de Comercio Mayorista de Alimentación de la provincia de Alicante (BOP de Alicante de 28 de junio de 2019), art. 11; CC de Pastelería, confitería, bollería, repostería y platos precocinados de Ourense (BOP de Ourense de 14 de marzo de 2019), art. 31.

similar al previsto por el art. 82.3 ET<sup>173</sup>; en otros casos se procede simplemente a una remisión a lo establecido por el ET, sin ningún otro tipo de regulación<sup>174</sup>. En definitiva, podemos afirmar con rotundidad, que en la mayoría de los casos estamos ante meras traslaciones del ordenamiento legal que no supone ninguna innovación por parte de la negociación colectiva.

No obstante, pese al tradicional seguidismo de la negociación colectiva respecto de la regulación legal (del cual, no resulta ser una excepción la normativa que los convenios colectivos establecen en materia de descuelgue), lo cierto es que podemos encontrar cómo no resulta extraño que la negociación colectiva regule ciertos aspectos del procedimiento que ha de seguirse para la inaplicación del convenio colectivo. En cuanto a estos supuestos, resalta especialmente cómo la negociación colectiva ha prestado cierta atención a la regulación del papel de la comisión paritaria. Recordemos a este respecto que según el art. 82.3 ET, en caso de desacuerdo en el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la “comisión del convenio”, que dispone de un plazo de siete días para pronunciarse. De entrada, ya hemos señalado el defecto técnico de referirse a la comisión del convenio, que como tal no existe en nuestro ordenamiento. También hemos señalado que en realidad el legislador se refiere en estos casos a la comisión paritaria del convenio. En este sentido lo ha entendido la negociación colectiva que remite la cuestión del desacuerdo en período de consultas de descuelgue a la comisión paritaria y no a otra<sup>175</sup> (no obstante, por ese afán de trasladar miméticamente la regulación legal, tampoco faltan convenios colectivos que se refieren en este punto a la “comisión del convenio”). No obstante, en algún caso el convenio colectivo, la margen del papel que tiene la comisión paritaria, regula incluso la posibilidad de una comisión de seguimiento del acuerdo que se haya podido alcanzar en materia de descuelgue<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> Vid. el CC de Pirotecnia Zaragozana, S.A. (BOP de Zaragoza de 9 de abril de 2022), art. 36; CC de la empresa Salinera Española, S.A. (BO de Murcia de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC del sector de la madera de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 12 de noviembre de 2021), art. 50; CC de la Sociedad Cooperativa RadioTaxi Santander y Cantabria (BO de Cantabria de 9 de diciembre de 2021), art. 4; CC de Smile Point, S.L. (BO de Navarra de 4 de mayo de 2021), Disp. Adic. única; CC del sector de aserrió, fabricación de envases y paletas de madera (BO de Murcia de 24 de junio de 2020), art. 31; CC del sector de mármoles y piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2020), art. 13; CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019); CC de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia (BOP de Valencia de 20 de diciembre de 2019), art. 61; CC de provincial de Cuchillería y afines (BOP de Albacete de 28 de agosto de 2019), art. 15; CC de Limpieza de Edificios y Locales de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 19 de noviembre de 2018), art. 72.

<sup>174</sup> Vid. como ejemplos el CC de Saint-Gobain Isover Ibérica, S.L. (BOE de 21 de marzo de 2022), art. 12.

<sup>175</sup> En este sentido, podemos ver los CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27.

<sup>176</sup> CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81.

Realmente la regulación legal tampoco es muy concreta en cuanto al sentido de la intervención de la comisión paritaria, limitándose a señalar que dispondrá de siete días para pronunciarse. La negociación colectiva ha entendido, estimo que de manera correcta, que la función de la comisión no es la de un simple pronunciamiento, sino que puede acordar sobre la idoneidad o no de la inaplicación, así como del nuevo régimen jurídico aplicable como consecuencia del descuelgue<sup>177</sup>.

Pero también podemos encontrar convenios en los que se establece un cierto papel de órgano de recepción de la pretensión empresarial de proceder al descuelgue, de manera que el procedimiento de inaplicación debe comenzar, necesariamente, por la comunicación (en algún caso se llega a señalar que se trata de una solicitud) a la comisión paritaria de la intención de inaplicar el convenio; pudiendo especificar el convenio el contenido de la comunicación empresarial, que lógicamente hará referencia a las causas o motivos que justificarían esta medida<sup>178</sup>.

Algunos convenios aclaran que acudir a la comisión paritaria es una condición obligatoria como paso procedimental, lo que invalidaría una inaplicación por la ausencia de este paso procedimental de carácter esencial<sup>179</sup>.

De otro lado, si bien no suele establecerse un procedimiento específico del funcionamiento de la comisión paritaria en estos casos, tampoco resulta totalmente extraño que la negociación establezca reglas sobre el funcionamiento de

---

<sup>177</sup> En este sentido el CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27.

<sup>178</sup> CC de Roxall Medicina España, S.A. (BOP de Vizcaya de 22 de julio de 2022), art. 21; CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7; CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21; CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC Estaciones de Servicio de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 27 de septiembre de 2022), art. 39. El CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII (en este caso se refiere al inicio del procedimiento a través de solicitud, si bien no al Comité Paritario, sino al Comité Intercentros); CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 2ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39.

<sup>179</sup> CC provincial de cuchillería y afines de Albacete (BOP Albacete de 28 de agosto de 2019), art. 15.

la comisión paritaria, generando diferentes peculiaridades<sup>180</sup>, pudiendo encontrar convenios en los que la regulación sobre la actuación de la comisión paritaria es bastante detallada<sup>181</sup>.

Una cuestión que suele regularse es el plazo para tomar su decisión. Legalmente se establece el plazo de siete días a computar desde que la discrepancia haya sido planteada; es decir, desde su comunicación a dicha comisión. Sin embargo, no es extraño encontrar que dicho plazo se incrementa por parte de la negociación colectiva<sup>182</sup>.

Junto con la comisión paritaria, otra cuestión que suele reflejarse en la negociación colectiva es la relativa a la necesidad de aportar la documentación necesaria que justifica la inaplicación a la representación de los trabajadores, así como a la comisión paritaria o al órgano de conciliación/mediación establecida por los acuerdos interprofesionales. En ocasiones se hace referencia a la misma

---

<sup>180</sup> Así, el CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019), que regula aspectos tales como la actuación de la comisión por solicitarlo cualquiera de las partes, que deberá comunicarse por escrito la convocatoria, con un orden del día, las reglas sobre válida constitución de la comisión por exigir unas determinadas mayorías o la necesidad de voto favorable por mayoría absoluta de cada una de las dos representaciones. Por su parte, el CC de provincial de oficinas y despachos de Valencia (BOP de Valencia de 20 de diciembre de 2019) art. 61, se refiere al registro de las actuaciones en caso de acuerdo, el archivo de las mimas o la posibilidad de solicitar informe de auditores o censores jurados de cuentas, cuyos gastos serán abonados por la empresa, siendo vinculantes para la comisión paritaria tales informes. También señalando la posibilidad de que la comisión paritaria pueda acudir a auditores o censores jurados de cuentas, el CC estatal de establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25.

<sup>181</sup> Así el CC estatal de establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25; CC del Sector de Exhibición Cinematográfica de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 19 de septiembre de 2020), art. 51.

<sup>182</sup> CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46, que establece el plazo de 10 días; o el CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28, que lo fija en 15 días; por su parte el CC de Lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2020), art. 60, que establece un plazo de 15 días para la actuación de la comisión paritaria; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019) o el CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27, que establece el plazo de un mes (no obstante, en estos dos casos debe tenerse en cuenta la contradicción interna del precepto que regula esta cuestión, pues su último párrafo vuelve a referirse a la comisión paritaria, repitiendo milimétricamente la regulación legal y se refiere a los siete días). Otro supuesto sería el CC de Hyperión Materials & Technologies Spain, SL (BOP de Barcelona de 7 de julio de 2020), art. 10, que para los supuestos de “carácter ordinario” establece un plazo de actuación de la Comisión Paritaria de 30 días (una ampliación del plazo legal), pero respecto de los supuestos de “carácter extraordinario”, establece un plazo de 5 días laborales; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

de una manera general<sup>183</sup>, mientras que en otros casos se concreta de una manera más precisa el conjunto de documentación que ha de aportarse por parte de la empresa<sup>184</sup>. El art. 82.3 ET nada establece sobre esta cuestión, por lo que probablemente debamos entender que este tipo de regulación está influida por el régimen jurídico del despido colectivo, donde sí se regula la documentación a entregar a los representantes de los trabajadores.

La conclusión que podemos señalar sobre la negociación colectiva del desecuegue, no sólo del procedimiento en sí considerado, sino de la completa regulación de esta cuestión, es la escasa relevancia del papel de la negociación. De entrada, no es la inaplicación una materia de las que con mayor frecuencia vamos a encontrar en los convenios colectivos. De otro lado, tal como hemos visto, lo más habitual es que los convenios que regulan esta cuestión lo hagan desde una posición plenamente apegada a la regulación legal, sin que existan diferencias notables o que sean llamativas; auténticas transcripciones de la regulación legal<sup>185</sup>, cuando no se produce una directa remisión a lo establecido por los arts. 82.3 y 41.4 ET<sup>186</sup>. Todo ello muestra una evidente pobreza de la negociación colectiva sobre esta materia. No es habitual encontrar regulaciones convencionales que vayan más allá de lo previsto por la regulación legal, salvo

---

<sup>183</sup> CC del Sector de la Madera de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 12 de noviembre de 2021), art. 50; CC sector de aserrio, fabricación de envases y paletas de madera (BO de Murcia de 24 de junio de 2020), art. 31; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019); CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27.

<sup>184</sup> Así el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46; CC de la Empresa Factorías Industriales de Regalices de España, S.L. (BOP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2022), art. 9; CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7; CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81; CC del sector de Mármoles y Piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2020), art. 13; CC de Lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2020), art. 60; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC de la empresa Dependencia en Extremadura, SL (Diario Oficial de Extremadura de 30 de mayo de 2019), art. 41; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10; CC de Laboratorios Ordesa, SL (BOP de Barcelona de 7 de mayo de 2019), art. 89.

<sup>185</sup> Unos buenos ejemplos de cómo se realiza una amplia transcripción literal de la regulación legal pueden ser los CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40; también el CC de Faes Farma, SA (BOP de Vizcaya de 2 junio de 2020), art. 40; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39.

<sup>186</sup> CC del sector de actividades forestales (BOE de 11 de julio de 2019), art. 45.

en el establecimiento de alguna limitación a la capacidad empresarial de inaplicar el convenio colectivo. Todo ello encaja con el sentido de la propia regulación legal, que establece un procedimiento y unas exigencias que difícilmente admiten, por su carácter imperativo, un alto nivel de desarrollo por la negociación colectiva de la regulación del descuelgue. Es decir, se trata de una materia que obedece fundamentalmente a una fuente normativa legal, si bien la negociación colectiva tiene el papel de gestionar en concreto cada supuesto de inaplicación del convenio.

### **D.5.7. Descuelgue en casos de falta de acuerdo: las medidas de solución**

El legislador ha tenido especial interés de establecer mecanismos alternativos ante la falta de acuerdo, potenciando la utilización de medios extrajudiciales de solución de las discrepancias<sup>187</sup> y evidenciando un especial interés por alcanzar finalmente la inaplicación y la sustitución de las condiciones pactadas. No se trata simplemente de desbloquear situaciones en las que las partes encallan el proceso de negociación, sino de favorecer la inaplicación y que se llegue finalmente al descuelgue. No cabe duda alguna que con ello se pretende facilitar la inaplicación del convenio. Expresado en otros términos, la “abundancia” de estos sistemas favorecerá a quién pretenda la inaplicación; al empresario, en definitiva. De esta manera, si no se llega a un acuerdo, se producirá la aplicación de los sistemas de solución previstos en acuerdos interprofesionales, y si aún en este caso no se consigue el descuelgue, se acude a un arbitraje obligatorio. La conclusión es evidente: no se deja espacio al rechazo de la pretensión empresarial de inaplicar el convenio de referencia.

Debemos recordar que, en un proceso de negociación colectiva, uno de los posibles resultados naturales es justamente la falta de acuerdo; lo cual no parece que sea lo pretendido por esta regulación. La falta de acuerdo es una de las posibilidades dentro de un sistema de relaciones laborales de carácter democrático. La acumulación de mecanismos dirigidos a resolver las controversias en este peculiar supuesto de negociación colectiva implica una presión sobre los representantes de los trabajadores para conseguir el acuerdo. Vamos a distinguir entre dos etapas diferentes: cuando hay un desacuerdo durante el período de consultas y se acude a los mecanismos de solución de discrepancias; y una vez concluido el período de consultas, al mantenerse el desacuerdo, podrá acudir a la CCNCC (u organismo autónomico sustitutivo). Se trata de una cuestión sobre la que la negociación colectiva que regula la inaplicación, suele manifestarse de manera expresa, si bien lo hace, en la mayoría de los casos, simplemente para

---

<sup>187</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Modificación de condiciones (...)”, *op. cit.*, pág. 331.

remitirse a las soluciones establecidas por el ET en esta materia, sin suponer innovación alguna<sup>188</sup>.

#### D.5.7.1. Mediación y arbitraje voluntario

Al margen de la posibilidad de acudir durante el período de consultas, en cualquier momento al procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, para sustituir dicho período de consultas (art. 41.4 ET), el art. 82.3 ET establece diferentes mecanismos como alternativas ante la falta de acuerdo en el procedimiento de consultas. En primer lugar, se podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, cuestión a la que ya nos hemos referido, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada<sup>189</sup>. Como es lógico, pese a la falta de precisión del precepto, se está refiriendo a la comisión paritaria del convenio, tal como ha interpretado también la negociación colectiva<sup>190</sup>. No se requiere un acuerdo por ambas partes para acudir a esta vía de solución, bastando que una sola de las partes acuda a la comisión paritaria para que esta intente resolver la discrepancia.

Cabe resaltar que esta posibilidad tiene escaso sentido en los supuestos de autodescuelgue, pues ante la falta de acuerdo de los sujetos legitimados para negociar, se acude a una comisión integrada por esos mismos sujetos. Mayores posibilidades de llegarse a un acuerdo se tienen si estamos ante la inaplicación del convenio colectivo de sector, pues la comisión va a estar integrada por sujetos diferentes de los que negocian el descuelgue.

Normalmente la negociación se limita en estos casos a aplicar lo previsto por el art. 82.3 ET sobre el papel de la comisión paritaria, si bien en algún caso se introduce alguna novedad<sup>191</sup>. Es llamativo que haya convenios que sólo con-

---

<sup>188</sup> Así el CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7; CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40; CC de Galletas Siro,SA (BOP de Palencia de 3 de noviembre de 2020), Disp. Adic. 9ª; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC de Clínica Mompía, SAU (BO de Cantabria de 3 de febrero de 2020), art. 43; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39.

<sup>189</sup> En algún caso, dicho plazo se amplía, tal como ocurre con el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46, de manera que alcanza los 10 días.

<sup>190</sup> CC Transitorios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21.

<sup>191</sup> Por ejemplo, en el CC Transitorios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21, se plantea cómo actuar en caso de empate en la votación de la comisión paritaria. El CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII, establece que la resolución de la comisión, será motivada, debiendo recoger las posiciones de cada una de las partes y los motivos de discrepancias, si es que no se alcanza acuerdo.

templan la posibilidad de acudir a la comisión del convenio para que se pronuncie sobre las discrepancias<sup>192</sup>. Desde mi punto de vista una regulación de estas características no impide que, si dicha comisión no resuelve las discrepancias, pueda acudir al resto de mecanismos establecidos por el art. 82.3 ET. Estimo que para impedir tales posibilidades debería pactarse de manera expresa, no pudiendo inferirse este resultado del mero hecho de que el convenio sólo prevea acudir a la comisión paritaria.

Junto a la actuación de la comisión paritaria del convenio, el art. 82.3 ET regula que las partes recurran a los procedimientos establecidos por los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos previstos por el art. 83 ET. A esta vía de solución se accede bien por el hecho de que no se haya solicitado la intervención de la comisión del convenio, o bien cuando esta no hubiese llegado a acuerdo alguno. La primera posibilidad (acudir a los acuerdos interprofesionales sin pasar previamente por la comisión paritaria) refuerza la opinión de que el trámite de la comisión del convenio no es obligatorio (otra cosa es que a través de la negociación colectiva pueda establecerse el carácter obligatorio de dicho trámite, en cuyo caso no podrá evitarse). En cuanto a la segunda posibilidad (acudir a lo previsto por el acuerdo interprofesional cuando no se haya alcanzado acuerdo en la comisión del convenio), se está reiterando lo regulado también por el art. 85.3 letra e) ET, que establece como parte del contenido mínimo del convenio la actuación de la comisión paritaria, así como el sometimiento de las discrepancias que puedan producirse en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos regulados por los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos.

Entendemos que a tenor de la regulación del art. 82.3 ET, ha de entenderse que si tras el período de consultas no se llega a un acuerdo, se haya acudido o no a la comisión del convenio, resulta obligatorio acudir a los mecanismos de solución extrajudicial regulados en los acuerdos interprofesionales.

Han de ser los acuerdos interprofesionales los que establezcan cuáles son los distintos mecanismos a los que acudir para intentar resolver las situaciones en las que no se ha producido acuerdo entre las partes para el descuelgue. El art. 82.3 ET se limita a remitirse a tales acuerdos interprofesionales, señalando tan sólo que entre tales medidas también puede acudir a un arbitraje vinculante, para lo que será necesario que ambas partes afectadas estén de acuerdo y firmen un compromiso arbitral<sup>193</sup>. Por lo tanto, no se impone un determinado sistema de

---

<sup>192</sup> En este sentido el CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28.

<sup>193</sup> En el mismo sentido de reiterar el carácter voluntario del arbitraje en estos casos, el

solución por el art. 82.3 ET, por lo que debe estarse a lo regulado en los acuerdos interprofesionales. En líneas generales se prefieren sistemas de mediación a mecanismos de arbitraje. En relación a los casos de mediación, cabe señalar que los acuerdos alcanzados en mediación (no sólo en materia de descuelgue, sino con carácter general), siempre que sean tomados por sujetos legitimados y de conformidad a las exigencias del Título III del ET, tienen eficacia de convenio colectivo; luego la inaplicación del contenido de los mismos (siempre que estemos en el ámbito material del art. 82.3 ET) ha de realizarse a través del procedimiento establecido en este último precepto<sup>194</sup>.

Una vez señaladas las posibilidades con que nos entramos en la actualidad dentro de nuestro ordenamiento, hemos de tener en cuenta que el legislador ha señalado de manera expresa que los procedimientos fijados por los acuerdos interprofesionales deberán “solventar de manera efectivas las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos”. Es realmente llamativo que el legislador se refiera a la necesidad de contar con instrumentos dirigidos, no solo a solventar las discrepancias, sino a hacerlo de manera efectiva; es decir, un procedimiento que garantice que no se vayan a producir o mantener situaciones de bloqueo en el descuelgue de condiciones<sup>195</sup>. Desde mi punto de vista esto no puede ser garantizado por los acuerdos interprofesionales, pues el legislador no obliga a tener que utilizar un procedimiento que evite radicalmente la discrepancia. En todo caso, la literalidad de la redacción evidencia el interés del legislador en intentar llegar a la inaplicación del convenio.

Es habitual encontrar en la regulación colectiva remisiones a estos mecanismos de solución de las discrepancias. Así, hay convenios que se remiten a las vías autonómicas de solución de conflictos, si bien limitan la posibilidad de que se acuda en estos casos al arbitraje obligatorio<sup>196</sup>. En otros casos, la posibilidad es más abierta, admitiendo que también pueda acudir, voluntariamente, al arbitraje en estos casos; ciertamente en estos supuestos se trata de regulaciones que se limitan, bien a reiterar lo establecido legalmente, o bien a ofrecer una redacción resumida de las mismas medidas previstas legalmente<sup>197</sup>. En otros convenios se establece expresamente que serán las partes quienes, por acuerdo,

---

<sup>194</sup> STS de 2 de febrero de 2016 RJ 2016\1601. CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46.

<sup>195</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, pág. 130.

<sup>196</sup> CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª; CC de la empresa Elkarkide, SL de Noaín (BO de Navarra de 26 de septiembre de 2023), Disp. Final 2ª.

<sup>197</sup> CC de Now Audiovisual, SL (BOP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2022), art. 6; CC Estaciones de Servicio de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 27 de septiembre de 2022), art. 39; CC de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (BOE de 3 de junio de 2021), art. 38.

decidirán cuál será el concreto procedimiento a utilizar para solucionar las discrepancias<sup>198</sup>.

En algún caso se prevé que, ante el fracaso de los mecanismos de mediación, sea obligatorio acudir a un arbitraje, que resulta obligatorio y que supone obviar la posibilidad de acudir a la CCNCC o mecanismo autonómico alternativo<sup>199</sup>.

No es infrecuente detectar que, respecto de la regulación legal, la convencional es parcial, pues o no se refiere a la posibilidad de acudir a la comisión paritaria, o bien no recogen la posibilidad de acudir al arbitraje obligatorio a través de la CCNCC<sup>200</sup>. Es evidente que, salvo que las partes de manera expresa hayan pactado limitar las posibilidades de los diferentes medios de solución legalmente previstos en el art. 82.3 ET, el que la regulación convencional sea parcial, no impide la aplicación de aquellos otros instrumentos previstos por la regulación legal.

#### D.5.7.2. El descuelgue a través de la CCNCC u órgano autonómico

A tenor de lo previsto en el penúltimo párrafo del art. 82.3 ET cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos de solución de discrepancias analizados *supra*, o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes (lo lógico es que sea el empresario) podrá someter la solución de la misma a la CCNCC o al organismo correspondiente de la Comunidad Autónoma. Ante todo, ello supone que la actuación de la CCNCC o del organismo correspondiente es subsidiaria de los previos mecanismos antes señalados y dirigidos a conseguir el acuerdo, de manera que no puede acudirse directamente a los mismos<sup>201</sup>. Tampoco cabe la posibilidad de acudir a los mismos si en fase previa, por ejemplo, al acudirse a la Comisión Paritaria, se ha acordado por unanimidad el rechazo a la pretensión del descuelgue<sup>202</sup>. Tales

<sup>198</sup> CC de la empresa Gureak Lanean, SA (BOP de Guipúzcoa de 10 de junio de 2019), art. 42.

<sup>199</sup> Así, el CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII. Además, este convenio prevé que el árbitro ha de ser designado de mutuo acuerdo y establece el procedimiento de designación en caso de falta de acuerdo en la designación del árbitro; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

<sup>200</sup> *Vid.* por ejemplo el CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª.

<sup>201</sup> STS de 15 de septiembre de 2015, RJ 2015\4734. Doctrinalmente *Vid.* a MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues”, TE n° 154 (2020), pág. 269.

<sup>202</sup> STS de 28 de abril de 2016, RJ 2016\2146.

organismos podrán actuar de dos maneras: resolver directamente la discrepancia en su seno, o bien acudir a un árbitro imparcial designado por dicho organismo. En ambos casos la cuestión debe resolverse en un plazo no superior a veinticinco días desde que se sometió el conflicto ante tales órganos.

Acudir a esta vía tan sólo es factible cuando se siga manteniendo las discrepancias tras el período de consultas y pese a la actuación (en su caso) de la comisión paritaria y de los mecanismos establecidos en el acuerdo interprofesional que sea de aplicación. Esta solución no se impone de oficio, sino a instancia de parte, pues tal como señalado el art. 82.3 en su párrafo 8º, “cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (...)”. Por lo tanto, basta que una sola de ellas inicie el procedimiento de aplicación de lo previsto por esta regulación. La lógica indica que será la parte que haya iniciado el procedimiento de descuelgue de condiciones de trabajo; es decir, el empresario. En realidad, esta posibilidad de arbitraje está configurada directamente en interés empresarial y para conseguir el objetivo del descuelgue, tal como destacó la doctrina desde un primer momento<sup>203</sup>.

Estamos realmente ante un arbitraje público y obligatorio<sup>204</sup>. Pese a que se distinga entre que la solución sea aportada directamente por el órgano nacional o autonómico, o bien a través de un tercero; es evidente que estamos ante un mecanismo de arbitraje. Además, dicho arbitraje tiene carácter público, pues el legislador ha optado por residenciar el arbitraje ante un organismo que tiene dicho carácter público. Tal como hemos señalado, será el propio organismo público quien resuelva la cuestión, o bien podrá designar dicho organismo al árbitro que va a resolver las discrepancias. Tanto en uno como en otro caso es evidente el origen público del arbitraje<sup>205</sup>.

De otro lado es un arbitraje obligatorio, impuesto por el legislador a las partes, pues en modo alguno se prevé que sean las partes quienes decidan, libre y voluntariamente, firmar un compromiso arbitral. Al contrario, dicho compromiso se va a imponer incluso contra la voluntad de una de las partes: tal como acabamos de señalar *supra*, para determinar la aplicación de este procedimiento basta con la decisión de sólo una de las partes, por lo que podrá imponerse una solución arbitral sin mutuo acuerdo y en contra de la opinión de la contraparte.

Esta última es una cuestión tremendamente discutible, pues tradicionalmente se ha defendido que el arbitraje debe tener necesariamente carácter volun-

---

<sup>203</sup> En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, pág. 114.

<sup>204</sup> CRUZ VILLALON, J.: *Op. cit.*, págs. 239 y ss.

<sup>205</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley (...)”, *Op. cit.*, pág. 49.

tario, pues lo contrario supone violar la eficacia vinculante de los convenios colectivos<sup>206</sup>. Ciertamente la jurisprudencia constitucional ha admitido la constitucionalidad del arbitraje obligatorio, pero tan sólo de manera muy limitada, en situaciones extraordinarias o excepcionales<sup>207</sup>. Se ha señalado así lo arriesgado de esta solución legal, pues supone invadir el ámbito propio de la autonomía colectiva, pues se le arrebató la función de resolver las discrepancias entre los sujetos involucrados en un proceso de negociación colectiva<sup>208</sup>. En todo caso, esta opción evidencia el interés del legislador por que pueda conseguirse la inaplicación, siendo otro de los mecanismos que refuerza al descuelgue como instrumento de flexibilidad interna.

Cabe, no obstante, la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, las partes acuerden limitar esta posibilidad y convertir lo que legalmente es un supuesto de arbitraje obligatorio, en una decisión voluntaria de ambas partes, exigiendo el acuerdo de empresa y representación de los trabajadores para acudir a esta vía<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> En este sentido CRUZ VILLALON, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 23-24, página 278. Este mismo autor en “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en VV.AA., dirigidos por I. GARCÍA-PERROTE y J.R. MERCADER UGUINA, *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, página 39.

<sup>207</sup> Recordemos la STC 11/1981, FJ nº 24, que declara la constitucionalidad del arbitraje obligatorio regulado en el art. 10 del RD-Ley 17/1977, que establece un arbitraje obligatorio cuando una huelga origina consecuencias que impliquen un perjuicio grave de la economía nacional; pero que consideró inconstitucional lo previsto sobre el arbitraje regulado en los preceptos 25 b) y 26 de la misma regulación legal. Dicha Sentencias establecía que “La justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él derivan, puede irrogar a los intereses generales, como ocurre, por ejemplo, cuando la duración de un conflicto entraña las consecuencias que justifican la obligatoriedad del arbitraje previsto en el artículo 10 de este mismo Decreto-ley, tal como hemos interpretado este precepto anteriormente. Sin embargo, en el caso de los artículos 25, b), y 26, ni se trata propiamente de un arbitraje ni, aunque fuera así, concurren los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional definido en el artículo 37 de la Constitución”.

<sup>208</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley (...)”, op. cit., pág. 48. Con similares dudas sobre la inconstitucionalidad de esta regulación GALA DURAN, C.: *Op. cit.*, pág. 1312; GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, pág. 114.

<sup>209</sup> CC para el sector de la industria y comercio del vino de Álava (BOP de Álava de 14 de abril de 2021), art 40; también el CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª; CC de Busturialdea Lea Artibal Bus, SA (BOP de Vizcaya de 1 de junio de 2023), art. 6; CC Troger, SA (BOP de Vizcaya de 21 de noviembre de 2019), art. 42; CC de Interlat, SA (BOE de 9 de agosto de 2019), art. 40; CC de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (BOE de 22 de julio de 2019), art. 38; CC de DHL Supply Chain, SL (BO del Territorio Histórico de Álava), inaplicación/descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en el presente convenio.

A los efectos de dictarse el Laudo resolutorio, debe seguirse el procedimiento regulado en el RD 1362/2012<sup>210</sup>. Se ha establecido el plazo máximo no superior a veinticinco días computados desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Nada se dice de la naturaleza del plazo, por lo que deberíamos entender que se trata de días naturales. En cuanto a la impugnación del Laudo, debe realizarse conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos por el art. 91 ET. Tal como ha señalado la doctrina judicial, el control en estos casos no se limita sólo a aspectos procedimentales, sino también a las cuestiones de fondo resueltas por el Laudo<sup>211</sup>, por lo tanto, puede analizarse si la causa alegada por la empresa está o no acreditada<sup>212</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que el art. 82.3 ET establece la necesidad de comunicar a la autoridad laboral el Laudo, a los efectos de su depósito. Sobre esta cuestión la jurisprudencia ha señalado que la falta de comunicación no supone merma alguna de su eficacia<sup>213</sup>.

En conclusión, entendemos que una resolución de estas características tiene unas consecuencias tremendamente relevantes. De entrada, que si bien el acuerdo era indispensable para la inaplicación y descuelgue de condiciones, el legislador admite por esta vía una solución totalmente diferente, a tenor de la cual un arbitraje de carácter público y obligatorio va a sustituir la actuación de las partes, suplantando al acuerdo que era imprescindible<sup>214</sup>; de manera que se cuestiona el derecho a la negociación colectiva por la intervención de un sujeto ajeno a las partes, cuando no existe acuerdo para ello<sup>215</sup>. Se produce así un notorio desequilibrio de las posiciones negociales, pues siempre existirá una parte, la laboral, sometida a una enorme presión: o llega a un acuerdo, o finalmente se le impondrá un Laudo arbitral. Como es lógico todo ello debilita la posición negociadora de los trabajadores.

## D.5.8. Resultados de la inaplicación

Hemos analizado tanto el régimen jurídico legal del descuelgue o inaplicación de convenios colectivos como la negociación colectiva sobre este fenómeno, que puede regular diferentes aspectos, fundamentalmente procedimentales,

---

<sup>210</sup> Sobre esta cuestión, puede verse más ampliamente a QUINTANILLA NAVARRO, y.: *Op. cit.*, págs. 172 y ss.; MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Op. cit.*, págs. 270 y ss.

<sup>211</sup> STS de 15 de septiembre de 2015, RJ 2015\4734. De igual manera la SAN de 7 de abril de 2017, AS 2017\382.

<sup>212</sup> Así la STSJ de Andalucía de 13 de julio de 2020, AS 2020\2534.

<sup>213</sup> STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2018, AS 2018\1750; Andalucía de 2 de noviembre de 2018, AS 2019\1516; Canarias de 9 de octubre de 2019, AS 2020\426.

<sup>214</sup> En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: *Op. cit.*, pág. 115.

<sup>215</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Op. cit.*, págs. 26 y 27.

del descuelgue. Pero, además, hemos de tener en cuenta que también la negociación colectiva interviene a la hora de alcanzar un acuerdo sobre el propio descuelgue, así como la concreción de las nuevas condiciones de trabajo; no en vano el principal elemento a tener en cuenta en la regulación que hemos analizado es el procedimiento de consultas, que no es más que un mecanismo de negociación colectiva. De otro lado, el descuelgue y la fijación de las nuevas condiciones también puede lograrse a través del acuerdo de la comisión paritaria, así como a través de los mecanismos de mediación o arbitraje fijados en los acuerdos interprofesionales, así como por la intervención de la CCNCC o del órgano autonómico que tiene estas competencias en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

Pues bien, sobre la inaplicación (ya sea por acuerdo, mediación o arbitraje) contamos con ciertos instrumentos de conocimiento, si bien a diferencia de los convenios colectivos, no se publican en el Boletín Oficial correspondiente. Así, el Ministerio de Trabajo publica periódicamente estadísticas en materia de negociación colectiva, dentro de la que se incluye el análisis de la inaplicación de convenios colectivos<sup>216</sup>. También es posible consultar los datos existentes en el Anuario de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo<sup>217</sup>. De otro lado, es posible analizar los datos esenciales de los expedientes a través de la CCNCC<sup>218</sup>. Por lo tanto, existen datos interesantes que podemos trasladar a este estudio.

De entrada, en cuanto al número de inaplicaciones de los convenios colectivos, debemos reconocer que se ha producido una importante reducción en cuanto al número total de inaplicaciones de convenios colectivos: desde 2013 hemos pasado de 2.512 descuelgues a 448 en 2022 (datos en este último caso de enero a octubre). Las cifras totales son las siguientes (téngase en cuenta que en 2022 sólo se recoge el período enero-octubre):

<i>Año</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Descuelgues	2.512	2.073	1.437	1.326	1.076	987	1.044	566	559	448

Se evidencia que tras los primeros años de aplicación de la regulación del descuelgue, la cifra se ha ido reduciendo, teniendo especial incidencia en el período inmediatamente posterior a la reforma de 2012. De hecho, sólo un año ha crecido el número de descuelgues, concretamente en 2019, que se produjo un incremento respecto del año anterior (probablemente consecuencia del Covid-19).

<sup>216</sup> Así, el período comprendido entre enero a octubre de 2022 puede consultarse esta cuestión en [https://www.mites.gov.es/estadisticas/cct/cct22octav/Resumen\\_resultados\\_CCT\\_octubre-22.pdf](https://www.mites.gov.es/estadisticas/cct/cct22octav/Resumen_resultados_CCT_octubre-22.pdf). Los años anteriores también pueden consultarse de igual manera en la dirección <https://www.mites.gov.es/estadisticas/cct/welcome.htm>.

<sup>217</sup> <https://www.mites.gov.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

<sup>218</sup> *Vid.* <https://expinterweb.mites.gov.es/regcon/pub/consultaAcuerdoInaplicacion>.

En cuanto a los trabajadores afectados, también se ha producido una importante reducción en su número (lo cual es lógico, teniendo en cuenta la disminución del número de descuelgues), pasando de 159.550 en 2013 a sólo 17.689. Destaca el hecho del elevado número de afectados en el primer año completo de aplicación, siguiendo a partir de ahí un ritmo de descenso continuado salvo con la excepción de 2021 en que se incrementó puntualmente el número de afectados. Las cifras totales de trabajadores afectados son las siguientes (tégase en cuenta que en 2022 sólo se recoge el período enero-octubre):

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Trabj.	159.550	62.203	43.173	32.064	23.625	20.924	22.280	20.301	26.923	17.689

En cuanto al tipo de convenio afectado por el descuelgue, la inmensa mayoría de los casos son convenios colectivos de ámbito superior a la empresa. Con ello se confirma el mantenimiento de la principal finalidad del descuelgue: que el convenio de ámbito superior no suponga a concretas empresas evitar adaptarse a sus concretas circunstancias económicas. De esta manera, el autodescuelgue es un supuesto realmente extraño respecto del total de situaciones de inaplicación de un convenio colectivo. De esta manera desde 2013 el porcentaje de descuelgues de convenios de ámbito superior a la empresa no ha descendido del 93%, siendo siempre superior a dicha cifra. En cuanto a las cifras en este caso, preferimos darlas en porcentajes, pues con anterioridad a 2018 se ofrecían en estos términos (recuérdese que los datos de 2022 sólo alcanzan hasta octubre):

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
CC superior	93,9 %	96,9 %	97,1 %	98,3 %	97,1 %	98,5 %	98,5 %	97 %	95,3 %	96,2 %
CC empresa	6,1 %	3,1 %	2,9 %	1,7 %	2,9 %	1,4 %	1,4%	3 %	4,6 %	3,8 %

Podemos, pues confirmar la prevalencia del descuelgue de ámbito superior, mientras que el autodescuelgue es una figura realmente marginal.

Otra cuestión que podemos señalar como especialmente interesante es el ámbito productivo donde más se ha acudido al descuelgue. Sobre esta cuestión debemos tener en cuenta que es posible encontrar cifras relativas al sector donde más se ha acudido al descuelgue a través de las estadísticas sobre negociación colectiva que ofrece el Ministerio de Trabajo periódicamente. Sin embargo, esta información sólo se ofreció en el período 2013 a 2016. Para completar esta información hemos de acudir al Anuario de Estadísticas Laborales, que si ofrece información sobre inaplicaciones de convenios en función de los principales

sectores productivos<sup>219</sup>. Pues bien, del análisis de las concretas cifras podemos señalar cómo la mayoría de los descuelgues en nuestro país se han producido desde la reforma de 2012 en el sector servicios; de manera que también la mayoría de los trabajadores afectando por un descuelgue pertenecen a este sector productivo. Sobre esta cuestión pueden verse las cifras del Anuario de Estadísticas Laborales, que ofrecen la siguiente situación:

<i>Año</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Descuelgues en el sector servicios (%) respecto del total	81%	75,8%	63,6%	61,8%	75,5%	73,8%	63,8%	61,4%	60,4%

Ciertamente no es algo extraño, pues es conocida la relevancia que para nuestra economía tiene este sector servicios. No obstante, debemos resaltar que, si bien es un sector productivo relevante, un predominio tan importante de este sector en materia de descuelgue, hace sospechar de una excesiva utilización por parte empresarial de este mecanismo; lo cual puede explicarse fundamentalmente por el hecho de que las sucesivas crisis económicas hayan afectado especialmente a este concreto sector productivo, lo que ha requerido de una mayor demanda de esta medida de adaptación o flexibilidad. Todo ello supone, también, una mayor inestabilidad de la negociación colectiva en el ámbito del sector servicios. De otro lado, se evidencia como sectores productivos como el industrial o la construcción participan de una manera mucho más reducida en la inaplicación de convenios colectivos. De otro lado, en el sector agrario el descuelgue es casi testimonial.

De otro lado, debemos tener en cuenta también los datos relativos al tamaño de las empresas que han utilizado la inaplicación de convenios colectivos. Al respecto, la mayoría de las empresas son de pequeño tamaño (entre 1 y 49 trabajadores), lo cual es lógico, si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de las empresas de nuestro país son pequeñas empresas. Así, en el siguiente cuadro señalamos, por años, el número de descuelgues en función del tamaño de la empresa y el porcentaje que representa dicho número respecto del total de descuelgues por año:

---

<sup>219</sup> Debe verse el apartado CCT-13 de los diferentes años sobre los que existe información sobre esta cuestión.

Tamaño de empresa	Años								
	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
1-49 trabajadores	1.965 78%	1.690 81%	1.176 81,8%	1.074 80,9%	883 82%	820 83%	748 71,6%	407 71,9%	410 73,3%
50-240 trabajadores	313 12,4%	274 13,2%	184 12,8%	147 11%	135 12,5%	111 11,2%	205 19,6%	101 17,8%	102 18,2%
250-más trabajadores	189 7,5%	68 3,2%	74 3,4%	74 5,5%	27 2,5%	18 1,8%	55 5,2%	42 7,4%	25 4,4%
No consta	45 1,8%	41 1,9%	31 2,3%	31 2,3%	31 2,8%	38 3,8%	36 3,4%	16 2,8%	22 3,9%

Como vemos, la tónica es muy similar a lo largo del tiempo, predominando absolutamente el descuelgue en pequeñas empresas. No obstante, es interesante destacar cómo a partir de la crisis generada por el Covid-19 se incrementaron notablemente las cifras en medianas y grandes empresas, que también acudieron a utilizar el mecanismo de la inaplicación para adaptarse mejor a las circunstancias que supuso dicha crisis.

Si tenemos en cuenta que la mayoría de las inaplicaciones son utilizadas por las pequeñas empresas, parece también lógico, además, que la mayor parte de los trabajadores afectados por los descuelgues pertenezcan a pequeñas empresas. No obstante, en este caso los datos son más equilibrados y repartidos tal como vamos a ver a continuación en el siguiente cuadro en el que ofrecemos los resultados de trabajadores afectados por descuelgue en función del año y del tamaño de la empresa medida en número de trabajadores:

Tamaño de empresa	Años							
	2013	2014	2015	2016	2018	2019	2020	2021
1-49 trabajadores	21.323 13,3%	17.739 26,7%	11.411 26,4%	9.901 30,8%	8.111 38,7%	8.552 38,3%	6.172 30,4%	5.524 20,5%
50-240 trabajadores	25.699 16,1%	20.348 30,7%	13.102 30,3%	10.276 32%	7.362 35,1%	11.006 49,3%	6.639 32,7%	7.044 26,1%
250-más trabajadores	109.312 68,5%	27.314 41,2%	18.147 42%	10.896 33,9%	4.465 21,3%	1.991 8,9%	7.359 36,2%	13.265 49,2%
No consta	3.211 2%	802 1,2%	513 1,1%	991 3,1%	986 4,7%	731 3,2%	131 0,6%	1.090 4%

Como vemos, no podemos decir que exista una línea contundentemente clara en cuanto a la distribución de los resultados de trabajadores afectados por la

inaplicación de convenios en función del tamaño de las empresas. Desde mi punto de vista, es claro que los momentos más fuertes de una situación de crisis económica, parece que los principales afectados por la inaplicación van a ser los trabajadores de grandes empresas, mientras que, en situación económica más tranquila, las grandes empresas ofrecen una mayor estabilidad en cuanto a las condiciones pactadas en convenio colectivo. Por el contrario, las pequeñas y medianas empresas ofrecen una situación mucho más pareja tanto en momentos de crisis como cuando dicha situación no se produce, por lo que parece que su situación es mucho más particularizada, produciéndose los descuelgues, no tanto en función de la situación económica general, sino en función de las concretas circunstancias que pueda padecer cada empresa.

Otra de las cuestiones que es especialmente interesante constatar es la relativa a qué condiciones de trabajo son las afectadas por el descuelgue o inaplicación de convenios. Como hemos visto el art. 82.3 ET ofrece una lista cerrada de las materias donde es posible la inaplicación del convenio colectivo: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando exceden del art. 39 ET y mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Pues bien, de todas estas condiciones hay una de ellas que se caracteriza por ser la que más se ve afectada por la inaplicación o descuelgue; además, de una manera absolutamente clara y patente: la cuantía salarial. De entrada, el porcentaje más alto del total de inaplicaciones se refiere en exclusiva al descuelgue salarial, siendo esta la condición de trabajo susceptible de generar una mayor necesidad en la empresa para adaptarse a las nuevas circunstancias de trabajo. Podemos así constatar en el siguiente cuadro el porcentaje que ha supuesto el descuelgue de la cuantía salarial respecto del total de descuelgues por año (téngase en cuenta que para el 2022 sólo podemos ofrecer datos hasta octubre):

<i>Año</i>	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<i>Descuelgues de la cuantía salarial (%)</i>	66,6	64,3	62,2	62,2	59,9	56,7	51,0	50,9	46,7	52,2

Como podemos ver, lo normal ha sido a lo largo de estos años que más de la mitad del total de inaplicaciones hayan sido descuelgues salariales. Pero si analizamos los datos que nos facilita el Ministerio de Trabajo en materia de negociación colectiva y los datos del Anuario de Estadísticas Laborales, la realidad es mucho más contundente, pues los porcentajes anteriores no significa que en el resto de casos estemos sólo ante descuelgues de otras condiciones de trabajo: de un lado, esos otros porcentajes hasta alcanzar el 100% total, se

refieren también a la inaplicación del sistema de remuneración que es siempre la segunda de las condiciones de trabajo que más se han visto afectadas por su inaplicación tras la cuantía salarial y, evidentemente, una alteración en el sistema de remuneración, supone normalmente la alteración de la cuantía salarial. Pero, además, de otro lado, los datos que se nos ofrecen recogen siempre inaplicaciones de otras condiciones de trabajo, más el descuelgue del salario. Es decir, se trata de inaplicación de la jornada, o el horario, o las mejoras de Seguridad Social, además de la cuantía del salario; es decir, se trata de descuelgues “mixtos” en los que prácticamente siempre está presente como condición que deja de aplicarse, la cuantía del salario. Por lo tanto, en la inmensa mayoría de los casos, siempre hay un descuelgue salarial. Todo ello confirma la relevancia que para la realidad práctica tiene en nuestro sistema el salario a la hora de plantear por la empresa una adaptación a las nuevas situaciones económicas o productivas que puede sufrir la empresa.

Para terminar, hay una relevante cuestión procedimental a tener en cuenta: cómo se alcanza o consigue la inaplicación. Al respecto, tras el análisis del procedimiento (legalmente establecido y también regulado por la negociación colectiva), sabemos que es posible que la inaplicación se consiga por diferentes vías: bien por acuerdo entre las partes en el procedimiento de consultas, bien por acuerdo entre las partes a través de los diferentes mecanismos de solución de conflictos (ya sea mediante la intervención de la comisión paritaria, ya sea a través de los instrumentos de mediación/conciliación regulados por los acuerdos interprofesionales), o bien a través del arbitraje en sede de la CCNCC (u órgano autonómico con sus funciones) o por los árbitros externos designados. Pues bien, al respecto debemos señalar que las fuentes de información con las que contamos no se refieren a esta cuestión, si bien contamos con ciertos datos. De un lado, en el período 2013-2017 si se ha señalado cuál era la principal vía para conseguir la inaplicación<sup>220</sup>: en este período destaca que la mayoría de las inaplicaciones se han conseguido por acuerdo en período de consulta<sup>221</sup>. Ello demuestra la pujanza de la negociación colectiva como instrumento para resolver la cuestión de la inaplicación.

---

<sup>220</sup> *Vid.* <https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm> .

<sup>221</sup> Así, en 2013, el 90,1% se consiguieron por esta vía. En 2014 se alcanzó el 95,8% de descuelgues como consecuencia de acuerdo en el período de consultas. En 2015 el porcentaje fue del 90,6%. También alcanzó el 90,6% en 2016. Por último, en 2017 se estableció dicho porcentaje en el 88,9%. Lamentablemente, a partir de entonces no se ofrecen datos sobre esta cuestión.



**E.**  
**CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN DURANTE LOS PROCESOS  
DE REESTRUCTURACIÓN Y CRISIS EMPRESARIALES:  
EL ROL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA  
NEGOCIADA COMO ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS**

Con la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el legislador español dio paso a una de las modificaciones legislativas más cruciales y poco garantistas con los derechos de los trabajadores y sus representantes. Por razones de “celeridad”, la Ley 3/2012 suprime el trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos y, con ella, la idea de la doble fase (heterónoma-administrativa autorizante y autónoma colectiva durante el periodo de consultas-negociación). Por lo que, ahora, la Autoridad Laboral se habrá de limitar a llevar a una labor meramente instrumental y de apoyo activo a las partes negociadoras en el sentido pro-activo que prevé el artículo 14 del Convenio de la OIT núm. 158, así como el apartado 25 de la Recomendación de la OIT núm. 166. Ello, evidentemente, repercute muy negativamente a la hora de garantizar el mantenimiento de los mayores en los puestos de trabajo, pues a efectos prácticos deja en manos de ambas partes (empresarios y negociadores) la decisión en cuanto a los trabajadores seleccionados para ser despedidos y sin considerar, en muchos casos, el requisito de la edad. Sin embargo, en principio, esta previsión no es contraria ni a los principios que declara la vigente Constitución Española (art. 38), ni tampoco se opone a la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, por lo que dado que no sea considera un elemento necesario deberá pues potenciarse una efectiva negociación colectiva gestional, que implique proactivamente a la autoridad laboral en los términos de apoyo, asesoramiento y mediación. Ahora bien, de la lectura atenta a las cláusulas que establece la Directiva, cabe deducir que la intención del legislador comunitario no es fomentar los despidos, sino orientar la futura consultas-negociación a fin de encontrar soluciones a las reestructuraciones de empresas.

A causa de la deficiente articulación que presenta la directiva comunitaria, el legislador español ha instaurado un sistema de “flexibilización negociada desvirtuada” que refuerza, claramente, los poderes que le son conferidos al empresario<sup>1</sup> y, por tanto, el despido colectivo. De forma que, una vez agotado el periodo de consultas-negociación, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario procederá a despedir unilateralmente. Y es que, por desgracia, el sistema legal (europeo e interno) potencia doblemente el reforzamiento de los poderes empresariales, procurando además que la negociación colectiva no vaya en contra de la dirección de los mismos<sup>2</sup>. Pero olvida que la clave del éxito no está en inclinar la balanza a favor del poder empresarial, sino en fomentar el modelo de “flexibilidad consensuada”. Así es, de ese modo, se evitará que éste utilice la vía del ERE de manera sistemática, al tiempo que favorecerá la conservación del empleo, recolocación y formación de los trabajadores mayores afectados<sup>3</sup>. No obstante, resultará ineludible, además, la intervención del legislador a fin de ahondar en esta idea propia de un sistema garantista de derechos.

#### E.1. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN SUPUESTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS EN REESTRUCTURACIONES ORDINARIAS, EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA EXTRACONCURSAL (ET) Y CONCURSO DE ACREEDORES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA CONCURSAL (LC)\*

La regulación de las condiciones de trabajo es, sin lugar a dudas, un foco de conflictos en donde se implican dos posiciones antagónicas, de un lado, la del empleador y, de otro, el trabajador. Ambas figuras presentan genéticamente una disparidad de intereses y un conflicto latente que sobrepasa, muchas veces,

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Intervención administrativa en los despidos colectivo”...*Op.cit.*, págs.223-229.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...**Op.cit.*, pág. 177.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (DIR), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M (coords.), *Modalidades de Extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, págs. 152-158.

\* Apartado realizado por José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ, *Catedráticos del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*; Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada* y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*.

lo estrictamente establecido en la normativa laboral. Esta singularidad obliga a contemplar e inventar mecanismos capaces de regular, de forma adecuada, este conflicto inherente y consustancial al mundo laboral. Así pues, la mediación durante el proceso de negociación colectiva “gestional”<sup>4</sup> entre trabajadores y empresarios constituye una buena pieza para lograr ese deseado equilibrio en la regulación convencional de las condiciones de trabajo cuando ésta no se lleve a cabo de buena fe<sup>5</sup>.

Con la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el legislador español dio paso a una de las modificaciones legislativas más cruciales y poco garantistas con los derechos de los trabajadores y sus representantes. Ante todo, cabe decir que se trata de una reforma que pretende propiciar la renovación y agilización en los procesos de negociación de los convenios colectivos. Por razones de “celeridad”, la Ley 3/2012 suprime -entre otras cosas- el trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos y, con ella, la idea de la doble fase (heterónoma-administrativa autorizante y autónoma colectiva durante el periodo de consultas-negociación). Por lo que, la Autoridad Laboral únicamente se habrá de limitar a llevar a una labor meramente instrumental y de apoyo activo a las partes negociadoras y, precisamente, en el sentido pro-activo que prevé el artículo 14 del Convenio de la OIT núm. 158 y el apartado 25 de la Recomendación de la OIT núm. 166. En principio esta previsión no es contraria ni a los principios que declara la vigente Constitución Española (artículo 38), ni tampoco se opone a lo previsto por las Directivas comunitarias, por lo que dado que no sea considerada un elemento necesario deberá pues potenciarse una efectiva negociación colectiva gestional, que implique proactivamente a la autoridad laboral en los términos de apoyo, asesoramiento y mediación. Y es que, de la lectura atenta a las cláu-

---

<sup>4</sup> Para esa construcción originaria de la “negociación colectiva gestional” o participativa, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, págs. 106-114 y 119-126; ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada», en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999; y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006, especialmente Capítulo III de la Parte II (“La gestión participativa y negociada de las mutaciones y reestructuraciones empresariales. Tradición y renovación”), págs. 159-249.

<sup>5</sup> LÓPEZ INSUA, B.M y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conciliación y mediación”, en VV.AA., *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Barcelona, Universidad Oberta de Catalunya (Editorial), 2015.

sulas que establece las Directivas comunitarias ( y, en particular, la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece el marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea), cabe deducir que la intención del legislador comunitario no es otra que la de orientar la futura consultas-negociación hacia la búsqueda de soluciones en las reestructuraciones de empresas, para lo cual el papel de la mediación laboral es crucial. Este mecanismo “autónomo” de solución de conflictos resulta, ciertamente, esencial para favorecer el establecimiento de unas condiciones justas de trabajo en el convenio colectivo, así como para reforzar la productividad en las empresas y, por ende, el aparato productivo nacional.

En el contexto actual y al hilo de la pandemia del COVID-19, muchas empresas se han visto obligadas a buscar soluciones de flexibilidad interna para así adaptar la organización del trabajo a la nueva realidad económica y sanitaria. Las medidas de flexibilidad interna que más repercusión han tenido son: el teletrabajo, la distribución irregular de la jornada, la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Los efectos de la pandemia del coronavirus han sido más drásticos de lo que, inicialmente, se pensaba, de ahí que el legislador fuese modificando la normativa (laboral, concursal, mercantil, fiscal... etcétera) para así adaptarla a la realidad social. Y es que cuando una empresa cierra es como si naufragara un barco, pues sin liquidez no podrá ésta cumplir con sus compromisos empresariales y de pago. La solución pasa, a juicios de los expertos, en cambiar y adaptar la forma de trabajar a las nuevas formas de producción digital para poder enfrentarse con seguridad a los retos que presenta la sociedad, el modelo económico y de funcionamiento sostenible. El empleo de las nuevas tecnologías ofrece pros y contras que se hacen visibles en el ámbito de las relaciones laborales. Por una parte, este fenómeno ofrece ventajas de eficiencia en la utilización de los recursos, mejoras competitivas, mayor oferta de productos, mayor interacción entre el trabajador y el cliente, reforzamiento de la formación y empleabilidad de las personas trabajadoras... etcétera. Sin embargo, por otro lado, la máscara de las nuevas tecnologías y del trabajo a distancia también presenta múltiples inconvenientes, entre los que se encuentra el alargamiento de la jornada laboral y del lugar de trabajo, la falta de conciliación de la vida laboral y familiar, la sobrecarga laboral e incluso el despido de los trabajadores. Al hilo de esto último, cabe tener presente lo ocurrido durante la pandemia con aquellos puestos de trabajo que no han podido digitalizarse. La destrucción de empleo se ha convertido en el orden del día, siendo la construcción, la hostelería, el comercio y el campo, los sectores más afectados. Como en toda crisis, los estamentos más débiles han sido los más afectados, de aquí que las largas listas de paro se alimenten de colectivos tan vulnerables, como son los mayores, los discapacitados, las mujeres... etcétera.

Al hilo de esta deplorable situación de emergencia sanitaria, los gobiernos de los diferentes Estados han puesto en marcha medidas para frenar, de un lado, la rápida expansión del virus entre su población al tiempo que, de otro, buscan paliar las consecuencias tanto económicas, como sociales que este grave trance está ocasionando en la praxis cotidiana de las empresas. De igual modo, la red empresarial se ha volcado para paliar la crisis sanitaria y sus consecuencias, ya sea gracias al impulso de iniciativas propias o mediante alianzas interempresariales<sup>6</sup>.

A nivel nacional, el actual Gobierno de coalición nos recuerda que la prioridad absoluta, en estos momentos, se centra: "... en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad. La pandemia del COVID-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación está aún sometida a un elevado nivel de incertidumbre. En estas circunstancias, la prioridad consiste en minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore. El objetivo es que estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009, con una salida masiva de trabajadores al desempleo y un ajuste particularmente agudo para los trabajadores temporales y los autónomos...».

Los devastadores efectos que el coronavirus estaba ocasionando tanto en trabajadores, como en empresarios fueron suficientes como para que el Gobierno propiciara la creación de los llamados Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE). Con ellos se aspira a mantener las plantillas de trabajadores en tanto pueda volverse a la normalidad, para lo cual las empresas deben comprometerse a reincorporar a sus trabajadores una vez que pueda asegurarse la prestación de servicios profesionales en condiciones de seguridad y salud. Por lo tanto, la finalidad perseguida por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, conforme dispone el propio texto, no es otra que: dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso y posterior insolvencia de una empresa. Justamente, en este punto, ha incidido la reforma laboral de finales de 2021, puesto que a través del Real Decreto-ley 32/2021, de

---

<sup>6</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: "La cotización a la Seguridad Social como instrumento de recuperación empresarial ante el impacto económico y social ocasionado por la pandemia del COVID-19", *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, N°235, 2020.

28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 30 de diciembre de 2021) y, a fin de evitar despidos, se han incorporado al ordenamiento jurídico los ERTes sectorial, los cíclicos y los ERTES de empresa. Esta normativa se encuentra ya validada, gracias a la Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 33 de 8 de febrero de 2022).

Sin embargo, la movilidad reducida que ha conllevado el estado de alarma ha llevado a muchas compañías, principalmente grandes empresas y multinacionales, a apostar por el teletrabajo para poder mantener la producción empresarial. Otras, por el contrario, han sacado a la luz las malas prácticas, aprovechándose así de la situación de crisis y tratando de defraudar a los trabajadores (entre otros: retrasando la aplicación de los protocolos de protección, despidiendo a los trabajadores o bien forzándolos a disfrutar de periodos vacaciones por imposición) y a los clientes que contactan con ellas.

A medida que el COVID-19 se iba extendiendo, la incertidumbre y las implicaciones en el ámbito laboral, económico y jurídico se han ido ampliando. Lo más representativo ha sido, sin ir muy lejos, las altas cifras de desempleo, el aluvión de ERTes y la caída en el gasto de pensiones a causa de las numerosas muertes que por coronavirus han sufrido los más mayores. El gran reto es el mantenimiento en el empleo y el apoyo a aquellos colectivos más vulnerables, de ahí que a golpe de real decreto-ley se hayan puesto en marcha todo un elenco de medidas de impulso.

Aparte de los famosos expedientes de regulación de empleo, las empresas han debido adoptar medidas de flexibilidad interna para las distintas situaciones concursales. Con el objetivo en mente de modificar la ley concursal, se ponen en marcha toda una serie de medidas que buscan agilizar los trámites y mejorar los procedimientos de insolvencia, para así facilitar el mantenimiento de las empresas, al tiempo que se busca proteger a los trabajadores mediante otras medidas laborales como, por ejemplo: la modificación sustancial de condiciones de trabajo, el traslado o la suspensión de contratos.

Empero a lo anterior, el Real Decreto Ley 18/2020 modifica algunas previsiones que se refieren al “compromiso de mantenimiento de empleo” asociado a los ERTes (Disposición adicional 6ª del Real Decreto Ley 8/2020). Así es, la Disposición Final 1ª del Real Decreto-Ley 18/2020 introduce, en un apartado 4,

que aclara que cuando “concurra un riesgo de concurso de acreedores”, en los términos que establece la Ley Concursal, entonces no será de aplicación la obligación de mantenimiento de empleo, exigiendo para ello que se trate de “hechos externos relevadores del estado de insolvencia”.

### **E.1.1. La negociación colectiva como mecanismo de flexibilidad interna ante situaciones concursales**

Las reformas acontecidas en los últimos años en materia de negociación colectiva han propiciado cambios relevantes en el ámbito de las relaciones laborales, que han afectado -casi su totalidad- a los elementos básicos que configuran el modelo de autonomía colectiva español (artículo 37.1 de la Constitución Española). Restando importancia y poder al papel que se les atribuyen a los representantes de los trabajadores, la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (publicada en el BOE de 7 de julio de 2012) pretendió fomentar la dinamización, agilización y renovación de los contenidos en los convenios colectivos y, todo ello, a fin de que se adecuen los mismos a las nuevas necesidades empresarial<sup>7</sup>. El legislador no buscaba tanto mantener el contenido sobre los derechos de los trabajadores pactados, sino más bien propiciar la actualización de cada una de las materias, olvidando con ello el esfuerzo que tras años de negociación habían alcanzado los representantes legales y voluntarios de los trabajadores en la regulación de estos derechos. Y es que, al término, se pretendía acabar con la ultraactividad del convenio colectivo e implantar un sistema que facilitase la flexibilidad interna en las empresas. En efecto, los mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de despido colectivo (como último recurso) se presentaban como dos alternativas estrella ante la necesidad de reestructuración empresarial<sup>8</sup>.

Los problemas más llamativos que podía provocar un bloqueo de la futura negociación colectiva fueron modificados con la reforma de 2012. En efecto, con la reforma operada a través de la Ley 3/2012 se establecieron plazos predeterminados para: la denuncia del convenio precedente, la constitución de la mesa de negociación, la elaboración del calendario, el material de comienzo de la negociación del convenio colectivo, así como especialmente de la fijación de

---

<sup>7</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *La Ley*, núm. 23-24/24, 2011, pág. 1.

<sup>8</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas a consecuencia del COVID-19: Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021.

un plazo máximo de desarrollo de las negociaciones<sup>9</sup>. Se trataban de reglas que en principio partían del respeto a la voluntariedad de las partes, pero que a la vista de la experiencia negocial actuarán, con total seguridad, actuarán como reglas generalizadas para la práctica convencional<sup>10</sup>.

La limitada aplicación de dichas reglas de agilización dio lugar al surgimiento de conflictos entre los representantes de los trabajadores y la patronal, de ahí que se incorporaran fórmulas alternativas que buscan la avenencia entre las partes. Se buscaba dar un mayor protagonismo a los procedimientos de solución de conflictos a través del procedimiento de mediación. Por lo que, en caso de discrepancias durante el periodo de consultas, bloqueo de la negociación o modificación de las condiciones de trabajo se podía recurrir, supletoriamente, a la negociación.

Con la reforma del Real Decreto-Ley 32/2021, se introducen nuevamente mejoras en el ámbito de la negociación colectiva, a saber: se recupera, de un lado, la ultraactividad del convenio colectivo con carácter indefinido. Las condiciones establecidas en un convenio colectivo seguirán en vigor después de que finalice su vigencia expresa. Y, de otro, se deroga la prevalencia salarial del convenio de empresa sobre otros convenios. Por lo que, sólo podrá aplicarse el convenio de la empresa contratista o subcontratista cuando tuviera un convenio propio que mejorase las condiciones del sector.

#### *E.1.1.1. El papel de la mediación durante la negociación colectiva*

Entre las técnicas para la resolución autónoma de los conflictos laborales se encuentra la mediación laboral, la cual aparece regulada (junto con la conciliación) en los artículos 63 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social-dentro del Título V. “De la evitación del Proceso” y, concretamente, en el Capítulo I. “De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales”-. (No se olvide que aparte de esta regulación legal –y en un plano diferenciado- la mediación aparece regulada y definida con profusión en los instrumentos de solución autónoma extrajudicial de conflictos colectivos tanto de carácter típicamente jurídico –sobre derechos- como de intereses –es decir, sobre intereses, que no han sido objeto de previa regulación normativa-).

---

<sup>9</sup> LAHERA FORTEZA, J.: “El nuevo procedimiento negocial tras la reforma 2011 y 2012”, *La Ley*, núm. 1400/2013.

<sup>10</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *La Ley*, núm. 23-24/24, 2011.

Al igual que sucede con la conciliación laboral, la mediación se configura como un requisito previo para la tramitación del proceso en sede judicial. El principal objetivo de la mediación es la gestión de las disputas consiste en ayudar y empujar a las partes a crear soluciones nuevas adaptadas a sus necesidades y mutuamente aceptadas. Para ello las partes deberán colaborar en la búsqueda de las soluciones a sus problemas, procurando que lleguen autónomamente a un acuerdo consensuado mediante la mejora de la comunicación y de sus relaciones en el futuro.

La mediación puede darse en distintas fases del procedimiento negocial: a) cuando el desacuerdo tiene su origen en una actuación de la Comisión Paritaria, b) cuando el conflicto se produce durante el periodo de consultas, c) por desacuerdo en los descuelgues empresariales y, por d) bloqueos durante la negociación de un convenio colectivo (vid. epígrafes precedentes sobre esta materia).

#### *A. Actuación de las Comisiones Paritarias*

El Art. 85.3 del ET en la redacción actual (tras la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio) establece que forma parte del contenido mínimo de los convenios colectivos la: “Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83”.

En estos casos, la legitimación para iniciar la mediación se le atribuye expresamente a la misma Comisión Paritaria, por acuerdo mayoritario de ambas representaciones (tal y como establece el art. 13.e) del Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos -ASAC-). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en algunas ocasiones el conflicto no surge en el seno mismo de la Comisión Paritaria, sino que se tratan de conflictos en el ámbito de la empresa cuando la Comisión Paritaria lo es de un convenio colectivo sectorial (a saber, los supuestos previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET). A estos efectos, debe llamarse la atención de que para los conflictos que se desarrollan en los periodos de consulta, legalmente se atribuye de manera expresa la posibilidad de acudir a la mediación a las concretas partes en conflicto, una vez que no se logra acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria (artículo 41.6.p.2 y artículo 82.3.p.6 ET).

Siguiendo lo establecido por la Ley, en relación con el periodo de consultas, conviene aclarar que esa facultad potestativa que se establece a las partes

de recurrir al procedimiento de mediación únicamente se llevará a cabo previo agotamiento de cualquier vía de solución por parte de la Comisión Paritaria. Ello exige que en los acuerdos interprofesionales opere una regulación específica de dichos procedimientos de mediación, en el sentido de que para estos supuestos debe exigir a las partes que aporten el previo intento de solución en el seno de la Comisión Paritaria, pues de lo contrario no es viable iniciar la mediación. En estos casos, el acuerdo alcanzado por la Comisión Paritaria tendrá los mismos efectos propios de todo convenio colectivo estatutario cuando queden acreditados en el marco del conflicto los presupuestos de legitimación y representatividad<sup>11</sup>. De este modo, quedan vinculados normativamente vinculados los sujetos incluidos dentro de su ámbito personal y, además, no podrán los tribunales decidir en sentido contrario, sea por vía procesal individual o por vía procesal colectiva.

### *B. Mediación por desacuerdo en los descuelgues empresariales*

El art. 82.3 del ET regula la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: “... por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1..., previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4”. Las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos conforme al Art. 87.1 ET no son las mismas que las recogidas en el Art. 41.4 ET para ser interlocutores ante la dirección de la empresa “por cuanto el procedimiento de elección de comisiones *ad hoc*, regulado en el Art. 41.4 ET, al que se remiten los artículos 41, 47, 51 y 82.3 ET, no es aplicable a la negociación de los convenios colectivos estatutarios, cuyas legitimidades se regulan en los artículos 87, 88 y 89 del ET” (Sentencia de la AN de 16 de septiembre de 2013).

En caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio. A este respecto: “... las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado...” (artículo 82.3 ET).

Por tanto, las partes podrán acudir a la mediación laboral para solventar las controversias surgidas durante la negociación de acuerdos de inaplicación de las materias enunciadas en el artículo 82.3 del ET. Esto sucederá cuando no se

---

<sup>11</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *La Ley*, núm. 23-24/24, 2011.

hubiera solicitado la intervención de la “comisión del convenio” o cuando en ella no se hubiera alcanzado un acuerdo.

### *C. Bloqueos durante la negociación de un convenio colectivo*

Dispone el art. 86.3 del ET que podrá recurrirse a la mediación para superar las discrepancias existentes en los transcurros de los procedimientos negociados que no alcanzasen un acuerdo para la renovación de un convenio colectivo. Además de lo expuesto, podrá también recurrirse a esta técnica cuando se esté tramitando el convenio colectivo, o sea, en cualquier momento de las deliberaciones: “4. En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas” (Art. 89.4 del Estatuto de los Trabajadores).

#### *E.1.1.2. La ley concursal y la reforma de 2022*

Las reestructuraciones de empresas en crisis se han convertido en una realidad cotidiana, ciertamente acentuada hoy por la grave crisis económica que caracteriza a la coyuntura actual. De los problemas que se han venido planteando da cuenta el dato de la desaparición de empresas tanto en situaciones extraconcursoales como típicamente concursales e igualmente las numerosas reformas legislativas que se han venido produciéndose; una de las más significativas fue la reforma global de la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (y significativamente, como se se indicó en su momento, en un sentido de enfatizar más la supervivencia de la empresa y del empleo a través de operaciones de reestructuración sea con carácter “preconcursoal” o sea con carácter “intraconcursoal”)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> MONEREO PEREZ, J. L.: “Reestructuración y “saneamiento” de empresas en situaciones concursales como alternativa a su extinción: tratamiento jurídico después de las últimas reformas legislativas (I y II), en *Trabajo y derecho*, núm. 21-22 (2016), pp. 92.109 y 96-114, respectivamente. En este ensayo se indicó, que a pesar de las bondades de la reforma de 2015 el modelo concursal actual ha fracasado hasta el momento respecto a la conservación de empresas que podrían ser viables si se hubieran adoptado medidas de “refinanciación”, medidas “pre-concursoales”, etcétera. El proceso de reforma concursal de los años 2014-2015 pareció favorecer la viabilidad de las empresas y la conservación del empleo. Pero, ciertamente, la reacción legislativa para *tomarse en serio la conservación vía reestructuración* ha sido excesivamente *tardía*, porque han desaparecido ya numerosas empresas en crisis o en situaciones de insolvencia que se podrían haber mantenido en el mercado a través de la predisposición de razonables medidas “pro-activas” o, en su caso, “preventivas” encaminadas a su reestructuración y saneamiento. Pero, aunque *tardía*, esta relativa reorientación del modelo concursal debe ser objeto de una valoración positiva, aunque era necesario implementar nuevas reformas más eficientes. Véase, asimismo, MONEREO PEREZ, J.L.: “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Interpretación del alcance de la excepción establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE: transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial (“pre-pack”))”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5 (2022), pp. 1-21. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-L-2022-0000001864](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-0000001864)

La pandemia del COVID-19 coincidió con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal (BOE nº 127 de 7 de mayo). Esta ley surge con la intención de organizar, armonizar y aclarar las múltiples modificaciones habidas en la regulación del procedimiento concursal. Ahora bien, no sólo se ha de tener en cuenta la regulación que incorpora la Ley concursal, sino también las múltiples modificaciones publicadas tras las distintas leyes de emergencia realizadas a consecuencia del coronavirus, a saber: a) con el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 se habilita a las empresas para interrumpir y aplazar la obligatoriedad de solicitar el concurso de acreedores de aquellas sociedades que se encontraban en estado de insolvencia, en tanto no cesara el estado de alarma; b) con el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se logra aplazar el deber de solicitar la declaración del concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020; c) tras la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia se mantuvo la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020; el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, que prorrogó dicha medida hasta el 14 marzo de 2021; d) con el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia del coronavirus se prorroga, nuevamente, la obligación de declarar el concurso hasta el 31 de diciembre del año 2021 y, finalmente, e) a fecha de 21 de diciembre de 2021, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal. La finalidad de esta nueva regulación no es otra que la de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva europea sobre reestructuración e insolvencia. Esta normativa introduce, igualmente, diversas modificaciones en el ámbito concursal y se adapta a los contenidos que modifica la reforma laboral, aspirando así a garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores afectados por la situación de una empresa en crisis, adaptando la Ley Concursal, para que la declaración del concurso tenga en este sentido el menor impacto posible. De este modo, se resuelven las dudas interpretativas suscitadas en orden a la participación de los representantes de los trabajadores, del FOGASA y las relativas a los procedimientos y recursos en materia laboral.

Aparte, cabe tener presente la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de

reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Desde el Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se publica la Ley concursal, se han sucedido un aluvión de normas que pretenden paliar los efectos del COVID-19. La idea es preparar el terreno para la incorporación de la Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitación, tal y como ya anuncia el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal (Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº84-1, de 14 de enero de 2022).

En el ámbito laboral influye, evidentemente, la situación de concurso de acreedores y ello es así por tres razones: Primero, desde la perspectiva contractual hay que considerar todas las medidas relacionadas con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados, despidos, suspensiones de contratos y reducciones de jornada. Segundo, hay que tener en cuenta la perspectiva crediticia, la cual está asociada al abono de los créditos salariales e indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral por la subrogación del FOGASA. Finalmente, cabe considerar la vertiente jurisdiccional, pues en todas las cuestiones que afecten a los trabajadores tiene competencias la jurisdicción social (artículo 53 de la Ley Concursal). En efecto, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

La sección 4ª de la Ley Concursal de 2020 desarrolla los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los contratos de trabajo (artículos 169 a 185 del Real Decreto Legislativo 1/2020), el personal de alta dirección (artículo 186 a 188 de la Ley Concursal), los convenios colectivos (artículos 189 de la Ley Concursal) y los contratos con las administraciones públicas (artículos 190 y 191 del Real Decreto Legislativo 1/2020).

En cuanto a la subrogación de FOGASA, la Ley Concursal establece que:

- 1) a) La subrogación del Fondo de Garantía de Salarios en la titularidad de cualesquiera créditos contra la masa o concursales no afectará al carácter y a la

clasificación de esos créditos (artículo 243 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo); b) Será parte del procedimiento siempre que deba abonar salarios e indemnizaciones a los trabajadores, sea en concepto de créditos contra la masa o de créditos concursales (artículo 514 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo). En este caso, la mayoría de los convenios colectivos indican que: “... hasta el momento de la reestructuración salarial, se mantendrán vigentes las cláusulas recogidas en los distintos convenios sectoriales que se vinieran aplicando”, incluyendo las mejoras salariales, como las condiciones más beneficiosas... etcétera<sup>13</sup>.

Una de las cuestiones que más duda ha planteado es el tema relativo a los “créditos con privilegio general”, a este respecto, el artículo 280 de la Ley Concursal aclara: “1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso<sup>14</sup>.”

2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3.º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4.º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de

---

<sup>13</sup> Véase resolución de 26 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 2021).

<sup>14</sup> A este respecto, la mayoría de los convenios colectivos indican que las diferencias salariales en los procesos de reestructuración habrán de ser resueltos por los representantes legales de los trabajadores. Y, en caso de que se mantenga la discrepancia, habrá de intervenir la comisión paritaria. Véase resolución de 26 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 2021).

derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados.

5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, los créditos por daños personales no asegurados estarán incluidos en el número anterior en concurrencia con los demás créditos de ese número.

6.º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación no rescindibles en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso excluido los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

Finalmente, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal introduce cambios importantes que afectan a la regulación de los procedimientos de insolvencia y, todo ello, gracias a la incorporación de varios incidentes y procesos creados *ex novo* (a saber, para el caso de los planes de reestructuración, el régimen jurídico del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, el procedimiento especial de “microempresas” ... etcétera).

Entre las novedades más destacadas se encuentran las siguientes: 1) Cuando se produzca la venta de la unidad productiva, el juez del concurso determinará la sucesión de empresa en los aspectos laborales y de seguridad social (art. 224) y, para ello recabará Informe de la ITSS relativo a las relaciones laborales afectadas por la enajenación de la unidad productiva. Elemento que sin duda reforzará la tan perseguida por parte de todos los actores seguridad y certeza jurídica de la operación; 2) prevé la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de acreedor, tercero o personas trabajadoras de una o varias unidades productivas (art. 224 bis), creando un compromiso de permanencia de la unidad productiva, 3) en caso de que se reciba más de una oferta cuyos contenidos difieran, objetivamente, en el modo en que se garantiza la continuidad de la empresa o del establecimiento mercantil, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los créditos, el deudor o la administración concursal, oídos los representantes de los trabajadores, presentarán un informe al juez, con

propuesta de resolución, para que este resuelva (art. 710.1.5º), 4) nuevamente se redacta la regulación referida a la gestión de los contratos de alta dirección (art. 621), 5) respecto a los planes de reestructuración y derechos de información, consulta y participación, se insiste en que cualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable<sup>15</sup>, 6) en relación con las normas de derecho internacional privado, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales sometidas al derecho español se regirán exclusivamente por esta Ley (art 745 bis), 7) el concurso de acreedores no podrá dar lugar a la resolución judicial del plan de pensiones del concursado (disposición final sexta), finalmente, 8) se posibilita la capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o la transformación en cooperativa de la sociedad mercantil en concurso (disposición final octava).

### **E.1.2. Consultas y negociación durante los procesos de reestructuración empresarial. el derecho a consultas ordinarias y a la emisión de un informe previo en caso de reestructuración de plantillas**

Establece el artículo 51.2 del ET que “el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores”. A este respecto, se entiende por consultas “... el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo” (artículo 64.1 del ET). Por tanto, para que el empresario pueda iniciar el correspondiente expediente de regulación de empleo deberá, previamente, abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores consistente en la emisión de un informe previo no vinculante para el empresario<sup>16</sup>. Aunque el ET atribuye la competencia a los representantes legales de los trabajadores (Comité de empresa y delegados de personal), hay que reconocer que quedan también aquí incluidos los delegados sindicales<sup>17</sup> (en este sentido, el artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica

---

<sup>15</sup> Ver artículo 45 de la Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE núm. 139 de 11 de junio de 2021).

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº130, 2015, págs. 338-340.

<sup>17</sup> Véase el art. 48 de la Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE núm. 139 de 11 de junio de 2021).

de Libertad Sindical establece: “Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:... 3º. Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos”). En definitiva, el derecho a consultas en el cual se integra el derecho a la emisión de un informe previo, por parte de los representantes de los trabajadores, podrá llevarse a cabo siempre que el empresario vaya a adoptar medidas consistentes en “las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla” (artículo 64.5 a) del ET).

La apertura del procedimiento de despido colectivo no sólo requiere de la correspondiente comunicación a la Autoridad Laboral, sino también de la apertura de un período de consulta con los representantes de los trabajadores que “... deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (artículos 51.2 del ET y 7 del RD 1483/2012)<sup>18</sup>. No se trata de una simple consulta, sino de un proceso de negociación colectiva gestional, es decir, de transmisión de información e intercambio de opiniones a fin de propiciar la negociación de buena fe que logre la consecución de un acuerdo constructivo de reorganización. De conformidad con la previsión que recoge este principio, se podrá declarar la nulidad del despido colectivo cuando el empresario incumpla u obstaculice la negociación colectiva gestional de buena fe (véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2012 y STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, Recurso 17/2012).

La apertura de un periodo de consulta por parte del empresario, en virtud de las reglas que transpone al ordenamiento español la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, hace referencia “más que a un deber de consultas, pareciera que lo que se reclama es una auténtica negociación colectiva” (en palabras del Alto Tribunal Europeo)<sup>19</sup>. Y, precisamente, es ahí en donde los negociadores habrán de incidir para reducir los efectos del despido para los trabajadores de

---

<sup>18</sup> MONEREO PEREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 438-442.

<sup>19</sup> Sentencia del TJCE (Sala segunda) de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03, Caso *Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel*.

más edad: “La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (Art. 51.2 del ET). Por lo que, a entendimiento de la doctrina judicial y científica, el derecho a consultas al que hacen referencias los artículos 51 y 64 del ET se identifica con una verdadera negociación en la cual se integra el derecho a la adopción de informe previo<sup>20</sup>.

La consulta deberá realizarse por parte del empresario en un momento y con un contenido apropiados (y, por lo tanto, no discriminatorios), de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, proceder a su examen adecuado a fin de preparar, en su caso, la consulta y el informe (Art. 64.6 del ET). El plazo para la emisión del informe previo deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes. En lo que respecta al empresario, la Ley del ET impone que deberá reunirse con los representantes de los trabajadores para que puedan éstos “obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre... las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales...”. La respuesta que conceda el empresario a los representantes legales debe ser razonada y motivada, aun cuando luego decida unilateralmente efectuar el despido colectivo.

Los deberes que se le imponen al empresario se aproximan a un verdadero deber de negociación, lo que determina que se pueda solapar la emisión del informe previo con el derecho a consultas al que se refiere el artículo 51 del ET para los despidos colectivos. Ciertamente, se tratan de dos derechos que se ubican en preceptos distintos (pero funcionalmente vinculados), uno específico, que es el que figura en el artículo 51 del ET y, otro general, al que refiere el artículo 64 del ET. Ambos mecanismos de negociación podrán darse de forma acumulada, de forma que, para evitar duplicidades, los representantes de los trabajadores podrán durante el transcurso de la negociación emitir su informe (Art. 3.3 del RD 1483/2012<sup>21</sup>). Quedando así éste último derecho diluido en las consultas que se desarrollen durante la negociación colectiva gestional. Y es que parece absurdo que el empresario exija que ambos procesos se lleven a cabo por

---

<sup>20</sup> MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>.L y VALDÉS DAL-RÉ, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...Op.cit.*, pág. 107-109.

<sup>21</sup> Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 30 de octubre).

separado, ya que es en ese periodo de consultas en donde se abrirá el proceso de diálogo e intercambio de opiniones que conlleva la negociación. No obstante, podrá ocurrir también en la práctica que los representantes de los trabajadores decidan no emitir su informe previo al considerar que el aspecto determinante es la negociación durante el periodo de consultas, hecho que es perfectamente posible pues coinciden a un mismo tiempo los sujetos que actúan como representantes y ambos derechos<sup>22</sup>.

El contenido de esas consultas, no obstante, es muy limitado al circunscribirse su ámbito de actuación sólo a las “efectos o consecuencias del despido” y no a las “causas o factores determinantes de la situación de crisis” (reforma del ET que fue operada por la Ley 3/2012 y que camina en la línea del art. 2.2 párrafo 1º de la Directiva 98/59/CE). Pero siempre subyacen a la consulta-negociación de reestructuración la realidad objetiva de las “causas”. El mismo art. 2.3.b) de la Directiva impone la obligación jurídica al empresario de comunicar *por escrito* a la representación de los trabajadores, “los *motivos* del proyecto de despido”<sup>23</sup>. La reforma es objeto de críticas, ya que si lo que se pretende es minimizar los efectos de la crisis y proteger al trabajador, indudablemente, la formulación de una normativa flexibilizadora que invite irremediamente al despido colectivo no es la mejor solución. Por esa razón, los interlocutores sociales deben estar abiertos a la negociación de soluciones alternativas a los despidos o, en un último caso, a colaborar a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible (tal y como indica, el Libro Verde sobre “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final).

Sin embargo, el objeto de las consultas es muy abierto (artículo 51.2 del ET), por lo que ha tenido que ser la normativa reglamentaria (artículo 7 del RD 1483/2012) la que establezca una mayor concreción sobre el contenido y alcance de las mismas. Así pues, entre las medidas destinadas a “evitar o reducir los despidos” se encuentran: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme

<sup>22</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R: “Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo” en VV.AA, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (coords.), *La negociación en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2012, págs. 24-25. MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>.L Y VALDÉS DAL-RÉ, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...*op.cit., págs. 107-109.

<sup>23</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág. 27.

parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial y g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados (Art. 8.1 del RD 1483/2012). En todo caso, esta previsión puede ser objeto de mejora por los negociadores durante el período de consultas-negociación, pues la ley sólo impone un mínimo de derecho necesario.

Entre las medidas destinadas a “atenuar” las consecuencias del despido en los trabajadores están: “a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica y f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo” (Art. 8.2 del RD 1483/2012).

Y entre aquellas medidas que pueden ser objeto de consultas-negociación para atenuar los efectos del despido colectivo se encuentra la previsión que establece el artículo 51.5 del ET: “Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. Esta disposición supone una notable mejora del contenido de la negociación colectiva gestional, pues amplía positivamente una materia que puede ser objeto de tratamiento en el período de consultas. De forma que los representantes de los trabajadores desempeñarán en este aspecto un papel fundamental respecto de aquellos colectivos más desfavorecidos -como son, por ejemplo, los trabajadores de mayor edad que son

despedidos antes del cumplimiento de la edad de jubilación, lo que les dificulta a posteriori el encuentro de un nuevo empleo<sup>24</sup>.

Empero, desaparece del tenor literal del artículo 51 del ET la referencia a la indemnización que deberá abonarse en caso de despido colectivo. Únicamente, el artículo 53.1 b) del ET establece que el empresario deberá respetar las exigencias legales del artículo 51 del ET, entre las que se incluyen el pago de “... la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”. Nótese que se trata de una previsión dudosa acerca de su calificación como norma de derecho necesario absoluto o de derecho necesario relativo/tope mínimo. Por lo que tanto la doctrina científica<sup>25</sup>, como la jurisprudencia, han entendido que pese a la flagrante omisión legal resulta claro que se trata de “un mínimo indispensable *in peius* y tan sólo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual”. Por lo que, la idea de dejar abierta la posibilidad de su mejora durante el procedimiento de negociación colectiva gestiona equilibra una mínima salvaguarda de los derechos de los trabajadores<sup>26</sup>.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha considerado que no es discriminatorio un acuerdo sobre despido colectivo entre una empresa y los sindicatos en donde se pacte una indemnización menor para los trabajadores mayores de 60 años (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023<sup>27</sup>). Por el contra, hay convenios colectivos que tratan de establecer -en este punto- un efecto disuasorio al elevar la indemnización por despido en caso de que concurren causas técnicas, económicas, organizativas o de producción que den lugar a un despido colectivo de los trabajadores de una empresa<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág. 31.

<sup>25</sup> GIL PLANA, J.: “El despido colectivo: aspectos sustantivos”, en VV.AA., MONTOYA MELGAR, A y GARCÍA MURCIA, J (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, Civitas, 2012, pág. 276.

<sup>26</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, págs. 44 y 45.

<sup>27</sup> Nº de Recurso: 2785/2021.

<sup>28</sup> Art. 37 del Convenio Colectivo de Empresas estibadoras del puerto de Bilbao (BOB núm. 219 de 17 de noviembre de 2022).

Con la reforma de 2012 desaparece la obligación de negociar “un Plan de acompañamiento social” en las empresas de más de cincuenta trabajadores, lo cual no implica que no pueda negociarse “medidas de acompañamiento” que se centren en evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Lo único es que, ahora, esas medidas sociales de acompañamiento no son obligatorias por ley, por lo que, en caso de adoptarse de común acuerdo habrá éstas de ceñirse a las circunstancias concretas de la empresa<sup>29</sup> a través de mecanismos recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2 del ET). Legalmente, se sustituye así el Plan Social de acompañamiento por el “Plan de recolocación externa” (Art. 9 del RD 1483/2012 y 51.10 del ET) de alcance más restringido. Lo cual es merecedor de crítica, pues deberían tener una lógica de complementariedad<sup>30</sup>.

El nuevo artículo 51.2 del ET no sólo está limitando la capacidad de los negociadores dentro de esa búsqueda de soluciones más satisfactorias para los intereses para los trabajadores<sup>31</sup>, sino que además está permitiendo que en pequeñas, medianas y grandes empresas puedan operarse libremente los despidos colectivos, por debajo incluso del umbral establecido y sin que los agentes negociadores puedan frenar este abuso. Dichos límites sólo podrían solventarse con una actividad de apoyo público de carácter extraordinario, que pusiera en funcionamiento una serie de recursos de solución supletorios respecto de aquellos inmediatamente objeto de negociación por las partes en conflicto<sup>32</sup>.

El actual “Plan de recolocación externa” es una obligación que se impone a la empresa, pero en lo que respecta a su contenido podrá “... ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas” (artículo 9.5 del RD 1483/2012). En tal sentido, la negociación habrá de llevarse a cabo de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo, en particular, en aquellos aspectos vinculados a su objeto y al tipo de medidas de acompañamiento social, debiendo el empresario facilitar toda la información necesaria para que los representantes de los traba-

---

<sup>29</sup> GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012, pág. 45.

<sup>30</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: “ Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A y LÓPEZ INSUA, B.M (dirs. y coords.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pág. 785.

<sup>31</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33 de 2001.

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997.

jadores puedan negociar en un sentido protector con los trabajadores afectados por el despido<sup>33</sup>. Por lo que, en caso de que el empresario no negocie dicho plan de recolocación o las medidas sociales de acompañamiento, dado que se trata de una materia que constituye contenido esencial durante el periodo de negociación colectiva gestional, su incumplimiento podrá ser objeto de impugnación por vía judicial (artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). La reclamación podrá fundamentarse en base a la no realización del periodo de consultas que establece el artículo 51.2 del ET (artículo 124.2 de la Ley 36/2011), pues a resultas de lo dispuesto por el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE las consultas constituyen contenido mínimo. Así pues, el incumplimiento por parte del empresario podrá ser objeto de sanción administrativa muy grave a resultas de lo previsto por el artículo 8.14 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Con carácter previo las reformas legislativas de 2012 y 2014 han venido a debilitar la actuación de la Autoridad Laboral en materia de despidos colectivos, por ejemplo, al atribuirle a ésta un papel muy residual en este ámbito. A día de hoy, la Autoridad Laboral sigue velando por la efectividad del periodo de consultas e, igualmente, sin perjuicio de la utilización de los procedimientos de mediación y arbitraje, “... la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo” (artículo 51.2 ET). Esta norma evidencia la función mediadora que se le atribuye a la Autoridad Laboral, la cual tratará de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo sin interferir en la decisión. Y es la decisión administrativa que debe respetar, en todo caso, la voluntad de las partes y no interferir de modo director en el procedimiento negociado, sin olvidar que la labor mediadora de la Autoridad Laboral solo puede realizarse a petición conjunta de las partes (artículo 51.2 ET).

Por otra parte, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (con entrada en vigor a partir del 2 de marzo de 2023)<sup>34</sup> ha reforzado el papel de la inspección de trabajo en materia de despidos colectivos al exigir que emitan un informe con carácter preceptivo. Y, todo ello, en línea con la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág. 39.

<sup>34</sup> BOE núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

<sup>35</sup> BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2021.

### **E.1.3. Luces y sombras en los procesos de reestructuración empresarial: colectivos vulnerables y brecha digital**

La desnaturalización de la figura de la “negociación colectiva gestional” ha incidido, muy especialmente, para favorecer los intereses empresariales y vulnerar los derechos de los trabajadores más vulnerables, entre los que se encuentran los mayores. Los procedimientos concursales se han elevado durante la pandemia del Covid-19, debido a los procesos de digitalización y la imposición del teletrabajo –como opción preferente a fin de evitar contagios-. Y es que, aunque las nuevas tecnologías optimizan y agilizan enormemente el desempeño de la prestación profesional, por otra parte, se ha comprobado que los trabajadores con más de 45 años son a los que más le ha costado adaptarse, lo que ha llevado a muchas empresas a despedirlos masivamente.

La brecha digital sigue siendo una importante barrera para los mayores de 45 años que intentan encontrar una nueva oportunidad laboral. Desde que estalló la pandemia del Covid-19 se ha incrementado el número de parados de larga duración, siendo los colectivos más representados dentro de estas cifras las mujeres y los mayores de 45 años. No es casualidad que sean estos, precisamente, los que más dificultades tenían y aún están teniendo para insertarse en el mercado laboral. Ello se traduce en discriminación para una parte importante de la plantilla.

En este contexto, el despido objetivo por ineptitud (artículo 52 a) del ET) y el despido colectivo de los trabajadores maduros o próximos a una edad de jubilación han sido utilizados con excesiva frecuencia y manifiesto abuso, en lugar de manera excepcional, a través de la figura de la prejubilación u otras formas de extinción contractual. Principalmente, hay que decir que, este incremento ha afectado más a las personas desempleadas mayores de 45 años (normalmente entre 55 y 64 años) y, en función de la variante “sexo”, se comprueba que las mujeres resultan más afectadas que los hombres. Esta lamentable situación obliga, al final y como medio de búsqueda de una vida digna, a que el núcleo familiar tenga que buscar fuentes adicionales de ingresos que palien los efectos del desempleo, así como el deterioro de condiciones laborales.

Principalmente, esta situación se ha producido debido a que se ha instaurado en el ordenamiento nacional un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura más que a la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores (este sería el modelo de “flexibilidad ofensiva”).

Por otra parte, cabe tener en cuenta lo ocurrido durante la pandemia con aquellos puestos de trabajo que no han podido digitalizarse. Sin ir más lejos,

muchas compañías han eliminado, en estos casos, de su comunicación interna a los trabajadores menos conectados que, en la mayoría de los casos, son los de más edad (y que trabajan en el campo, en la construcción... etcétera). El motivo suele ser que estos no pueden recibir los mensajes internos por no tener acceso a la tecnología necesaria para ello. El resultado: empleados que utilizan la tecnología a diario en su vida personal trabajan en entornos poco o nada digitalizados donde la información no fluye, lo que tiene un impacto directo en su bienestar y motivación.

Hay que admitir que las nuevas tecnologías han venido para quedarse, a este respecto todas las empresas deben avanzar para encontrarse con el proceso de digitalización. Y es que, no basta con centrarse en los empleados más jóvenes o en los que trabajan en oficinas. El reto aquí es hacer partícipes a los trabajadores más desconectados mediante el recurso a la formación continua y la implantación de herramientas capaces de facilitar la comunicación de la empresa con todos los empleados, sea cual sea su lugar de trabajo o su capacitación.

Al hilo de esta idea debe tenerse en cuenta el papel que cumple el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo, pues no cabe desconocer que en todo este entramado se conjugan ambas perspectivas. En efecto, desde el ámbito laboral, los artículos 51 del ET y 52. a) del ET se han convertido en las vías perfectas para la pérdida irreparable de capacidad productiva madura, esto es, de transmisión de saber y de experiencia profesional. Y ello es así porque se han impuesto una particular visión del problema en donde los trabajadores mayores son calificados como un colectivo “prescindible”, “falta de capacitación”, “falta de adaptación a las nuevas tecnologías” y, por ende, “menos productivos”. Por lo que, la solución problema pasa por la vía de convertir al Estado en un mercado instrumentalizado al servicio de las estrategias económicas y empresariales. Por otro lado, desde el ámbito de las políticas de empleo, la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación se ha visto como una solución para así favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más barato en donde hacen su aparición los principios de precariedad laboral, abuso y fraude. De este modo, cree frenarse el alto desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema público de Seguridad Social. Es por ello que, trate de explicarse, como hasta el momento no se han llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o trabajadores próximos a una edad de jubilación. Pero paradójicamente estas políticas de precariedad laboral generalizada, a su vez, cuestionan visiblemente el objetivo de la sostenibilidad de los pensionistas actuales y de los futuros pensionistas (ahora jóvenes). Como dicen apunta la doctrina científica, no se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configu-

ración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno y la promoción de transiciones profesional.

A este respecto, los artículos 40 y 50 de la Constitución Española establece una política de atención primaria orientada al pleno empleo y, por tanto, a garantizar la suficiencia financiera de las personas de edad avanzada. Sin embargo, la reinserción y readaptación profesional de este colectivo encuentra especiales dificultades (Recomendación número 162 de la OIT), de ahí que se recurra a su cese prematuro ante la falta de adaptación tecnológica e industrial. Así es, la doctrina científica identifica a estos sujetos como “pocos proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos profesionales” y establece como causa “la carga que suponen los trabajadores maduros para la empresa”. A fin de mantener el “fomento de la capacidad de empleo” y erradicar la inactividad a la que se encuentra sometida este grupo se ha diseñado una vía promocional a través del mecanismo de incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social que resulta muy deficitaria<sup>36</sup>.

La solución al problema pasa por establecer la formación continua en las empresas y para todas las edades, debiendo efectuarse un seguimiento individualizado o por colectivos a fin de garantizar la adaptación al cambio y a los nuevos procesos productivos, esto es lo que, algún autor ha denominado *mentoring bidireccional*. Otras de las ideas que se ofrecen para no dejar atrás a estos trabajadores son: personalizar la formación para eliminar limitaciones al aprendizaje, implantar un modelo de reclutamiento más inclusivo o no emplear sólo los medios digitales para comunicarse con los trabajadores.

A este respecto, la revisión del Pacto de Toledo operada a finales del año 2020 (publicada en el Boletín Oficial nº175 de las Cortes Generales a fecha de 10 de noviembre de 2020) recuerda que el objetivo es: “... combatir la discriminación por edad en nuestro mercado de trabajo, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea. Para ello resulta clave que una de las prioridades de las políticas activas de empleo sea la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento en activo”. Tras esta tercera revisión se pretende reforzar así un nuevo derecho, esto es, el relativo a la protección frente al despido colectivo. Incorporando para ello la necesidad de que, en todas las empresas, se consulte e informe a los representantes de los trabajadores acerca de los procedimientos

---

<sup>36</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir), Granada, Comares, 2010, pág. 146.

de despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada. Cumpliendo, de este modo, con lo preceptuado en el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sobre este punto, la actual Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y también aquella que se refiere al establecimiento de un marco general para la información y a la consulta de los trabajadores de 2002 son sólo causa raíz de la creación de un modelo legislativo sobre reestructuración empresarial “débil”, que no impone limitaciones explícitas a la expulsión de los trabajadores mayores y no refuerza en este sentido la intervención negociada de los órganos de representación de los trabajadores. De ahí que se pueda calificar el vigente sistema de consultas-negociación como desnaturalizado. Si bien, aunque la normativa europea no pretende fomentar el despido, lo que sí es cierto es que adolece de la insuficiencia de querer implantar una negociación colectiva gestional poco incisiva respecto al establecimiento de limitaciones más reforzadas de los intereses empresariales. Por lo de que bajo el predominio de la racionalidad económica en lugar de instaurarse en el espacio europeo un sistema garantista y de protección de derechos fuerte, por contra, se ha permitido que los Derechos nacionales se flexibilicen/liberalicen, abriendo así la veda a “práctica” de expulsión de los trabajadores maduros en los supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

El hecho de que se profile un modelo abierto y flexible de regulación de la reestructuración empresarial sin suficientes garantías efectivas de estabilidad en empleo de los mayores ha conducido a su despido masivo, máxime cuando se trata de Estados poco previsores y que entienden el despido colectivo como solución preferente ante las crisis ordinarias y extraordinarias (a buen ejemplo: España).

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las directivas comunitarias se ha traducido en la práctica en la instauración de un sistema de flexibilización negociada “desvirtuada” y ello es porque se ha desnaturalizado el proceso de negociación colectiva gestional. Así es, la apertura del procedimiento de despido colectivo no sólo requiere de la correspondiente comunicación a la Autoridad Laboral, sino también de la apertura de un período de consulta con los representantes de los trabajadores que “... deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (artículos 51.2 del ET y 7 del RD 1483/2012). No se trata de una simple consulta, sino de un proceso de negocia-

ción colectiva gestional, es decir, de transmisión de información e intercambio de opiniones a fin de propiciar la negociación de buena fe que logre la consecución de un acuerdo constructivo de reorganización.

Buen ejemplo de medidas de flexibilidad interna que tratan de evitar los despidos de trabajadores que están de baja por accidente o enfermedad son las que recoge el Convenio Colectivo de la empresa Oleícola El Tejar Ntra. Señora de Araceli, S.C.A, en donde se indica: “(...) a enfermedad o accidente. A lo largo de la vigencia del presente Convenio, la Empresa implantará un sistema de trabajo basado en cinco turnos, sin que ello de lugar a despidos de ninguna persona trabajadora. El sistema de rotación del 5.º no se modificará durante la vigencia del presente convenio. Asimismo, ninguna trabajadora o trabajador afectado por sistema de rotación del 5.º turno tendrá que recuperar el defecto de jornada, ni la empresa abonará el exceso de la misma, respetando siempre el cuadrante que se adjunta”<sup>37</sup>.

Ciertamente, se ha desnaturalizado la figura del periodo consultas-negociación por lo que aun cuando se lleve a efecto el período de consultas, si el empresario así lo decide, unilateralmente se podrá ejecutar el despido. El artículo 51.2 del ET no sólo está, como decíamos, limitando la capacidad de los sujetos negociadores dentro de esa búsqueda de soluciones más satisfactorias para los intereses para los trabajadores<sup>38</sup>, sino que además está permitiendo que en pequeñas, medianas y grandes empresas puedan operarse libremente los despidos colectivos, por debajo incluso del umbral establecido y sin que los agentes negociadores puedan frenar este abuso. En este punto, los trabajadores mayores se han visto muy negativamente afectados. Y es que, ante los últimos cambios legislativos, los negociadores tienden a pactar prejubilaciones como vía de escape al despido colectivo. Ahora bien, los agentes negociadores podrán, en todo caso, negociar “medidas de acompañamiento” para así aliviar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Sin embargo, el hecho de que no sean obligatorias por ley las hace de muy difícil negociación en la práctica. Por lo que, al final, cualquier solución de recolocación, recualificación o movilidad interna que quiera adoptarse convierte al proceso de consulta-negociación en una lucha encarnizada.

Está claro que aquí la negociación colectiva gestional, así como el convenio colectivo típico no cumplen con el criterio finalista para el que se creó, pues los

---

<sup>37</sup> Art. 13. 4º y 5º párrafo del Convenio Colectivo de la empresa Oleícola El Tejar Ntra. Señora de Araceli, S.C.A (BOJA nº210 de 29 de octubre de 2020).

<sup>38</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33 de 2001.

instrumentos legislativos de Derecho Laboral y los Sistemas de Políticas de Empleo y Seguridad Social son actualmente insuficientes y deficientes. Se debería establecer un sistema integrado de garantías legales y de negociación colectiva de las reestructuraciones mucho más reforzado. Una vía, ésta, que permitiría una aplicación del Derecho del Trabajo de las reestructuraciones empresariales más coherente y respetuosa con los principios que presiden la constitución democrático-social del trabajo y su forma política típica de Estado Social de Derecho<sup>39</sup>.

Las reformas que han operado en el año 2023 han tratado de solventar algunos de los problemas que sufren, hoy por hoy, los trabajadores que son despidos colectivos. Y es que, por medio de la ya citada Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo<sup>40</sup> se ha reforzado, como habíamos indicado, el papel de la Inspección de Trabajo al atribuírsele la posibilidad de elaborar un informe preceptivo que incida sobre “la concurrencia de las causas especificadas por la empresa” y que justifiquen el despido colectivo de los trabajadores<sup>41</sup>. Lo que ciertamente se valora como una medida positiva, aunque entendemos que insuficiente pues la falta de medios personales en este cuerpo de funcionarios va a determinar una sobrecarga importante en sus funciones. La inspección de trabajo está perfectamente capacitada para llevar a cabo estas funciones, sin embargo, precisa de más funcionarios que puedan llevar a cabo esa labor de supervisión y control en el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social.

## E.2. COLECTIVOS VULNERABLES Y BRECHA DIGITAL\*

### E.2.1. Precisiones iniciales

Como ya se ha expresado con anterioridad, al hacer referencia al funcionamiento y mecanismos sobre los que se sustenta la negociación colectiva desde una perspectiva general, se puede aseverar que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva. Ahora bien, cuestión distinta es que la práctica negociadora aproveche todo el espacio que se le concede.

<sup>39</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “Protección frente al despido ilegítimo de los trabajadores mayores”, VV.AA., MONEREO PEREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (dirs.) y GRANADOS ROMERA, M<sup>a</sup>. I y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A (coords.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Granada, Comares, 2021.

<sup>40</sup> BOE núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

<sup>41</sup> Hasta la entrada en vigor de la Ley de Empleo, el contenido del informe de la Inspección de Trabajo en los despidos colectivos se encontraba limitado a analizar el desarrollo del periodo de consultas, comprobar los extremos de determinadas comunicaciones empresariales, así como constatar que la documentación aportada por la empresa se ajustaba a la exigida.

\* Apartado realizado por José Luis RUIZ SANTAMARÍA, Profesor Ayudante Doctor (Acreditado a Profesor Contratado Doctor) de la *Universidad de Málaga*.

Así, dicha acción no debería limitarse a las simples remisiones normativas, sino aprovechar el margen de actuación concedido para adentrarse en aquellos extremos que no han sido expresamente abordadas en la ley, abordándose por la normativa convencional. Sin embargo, una primera aproximación al contenido de la negociación colectiva en relación a los mecanismos de flexibilidad interna, nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen como novedoso frente a la ley. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de dichos mecanismos, sino que el contenido de la misma, a pesar de lo extenso carece, en su mayor parte, de elementos significativos<sup>42</sup>.

Al hilo de lo expuesto, si bien ahora en un contexto específico, nos adentraremos en los próximos epígrafes en el tratamiento de la negociación colectiva respecto a la adopción de medidas de flexibilidad interna en relación a los colectivos vulnerables, centrándonos -por su especial relevancia- en las personas trabajadoras con discapacidad y trabajadoras en estado de embarazo, puerperio y lactancia natural.

### **E.2.2. Aproximación conceptual al término “colectivos vulnerables” en el ámbito de las relaciones laborales**

Es un hecho constatado y manifiesto que uno de los principales problemas al que nos enfrentamos en el estudio de los colectivos vulnerables -desde la propia perspectiva jurídico-laboral- reside en la indeterminación conceptual de dicho término. En efecto, bastará con llevar a cabo una revisión del extenso elenco normativo -que regula el complejo ámbito del mundo del trabajo- para poder constatar la multiplicidad y heterogeneidad conceptual del término “colectivos vulnerables”.

En este sentido, la reciente aprobación de la *Ley de Empleo*<sup>43</sup> -en adelante, LE-, en sintonía con las exigencias de las reformas e inversiones propuestas en el *Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*<sup>44</sup>, introduce una nueva denominación: “colectivos de atención prioritaria”. Sin embargo, la importancia de esta nueva regulación no reside exclusivamente en este nuevo vocablo, sino que se ha ampliado de forma muy significativa -respec-

---

<sup>42</sup> Aunque debe advertirse que, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdeñarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para las personas trabajadoras que, de este modo, no deben enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana.

<sup>43</sup> Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

<sup>44</sup> Dándose cumplimiento a la Reforma 5ª destinada a la “Modernización de políticas activas de empleo”. Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>

to a la anterior legislación<sup>45</sup>- el número de colectivos vulnerables que requieren una atención prioritaria<sup>46</sup>. De igual forma, el legislador ha detallado cada uno de los grupos de personas en el art. 50, expresándolo en los siguientes términos: “Se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad”.

En definitiva, la nueva LE amplía notablemente este colectivo de personas y, al mismo tiempo, concreta y determina cada uno de los grupos. Se destaca, como principal novedad, la sistematización y categorización del colectivo de personas vulnerables y, a su vez, la integración en un único precepto a las personas identificadas como colectivos de atención prioritaria desde la perspectiva de las políticas de empleo.

---

<sup>45</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>46</sup> Así, en el art. 30, 1º de la reformada LE (2015) se establecía que: “(...) jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo”.

De otra parte, y en una primera aproximación a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*<sup>47</sup> -en adelante, LPRL- podremos observar que se hace referencia al término “trabajadores especialmente sensibles” -en adelante, TES-. Conviene tener presente que la protección especial que se dispensa a estas personas trabajadoras ya venía contemplada en la *Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*<sup>48</sup> -en adelante, Directiva Marco-. En este sentido, el art. 15, bajo el título de “Grupos expuestos a riesgos”, establecía que “Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”.

### *E.2.2.1. El especial tratamiento de los “trabajadores especialmente sensibles” en la LPRL*

Por lo que respecta al régimen jurídico de protección de los trabajadores especialmente sensibles -en adelante, TES- a determinados riesgos derivados del trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el Capítulo III de la LPRL. Debemos destacar del análisis jurídico de la norma reguladora que el legislador, posiblemente con cierta falta de homogeneidad y precisión en la redacción de estos preceptos, distingue cuatro grupos de trabajadores, aunque nuestra atención se centra *-prima facie-* en el colectivo de las personas trabajadoras con discapacidad. En este sentido, nos interesa abordar el estudio y el análisis de los contenidos del artículo 25.1 de la LPRL, que dispone lo siguiente:

“El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”.

De la literalidad del primer apartado del precepto reproducido, se advierte lo siguiente:

- En primer lugar, nos interesa determinar al respecto el ámbito subjetivo indeterminado del art. 25.1 LPRL. Se establecen varios supuestos

<sup>47</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. BOE núm. 269, de 10/11/1995.

<sup>48</sup> Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989, pp. 1-8.

diferentes de trabajadores, a los que el legislador ha calificado como “especialmente sensibles”:

- Aquellas personas trabajadoras que por sus propias características personales o estado biológico conocido.
  - Los que tengan debidamente reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial.
  - Personas trabajadoras que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias.
- Como se ha expresado antes, la redacción de este artículo, es desafortunada e imprecisa, utilizando términos como “conocida” y “manifiesta” que, si bien tienen en común el carácter de hacer referencia a una situación indubitada, presentan mayor dosis de incertidumbre y subjetividad a la hora de determinar la forma o los medios en que el hecho o la situación referida llega a ser conocida o manifestada. Por otra parte, la expresión: “debidamente reconocida” que se emplea para las discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, parece aludir a la exigencia de un reconocimiento oficial que acredite la discapacidad de que se trate y por lo tanto una interpretación restringida del término. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social<sup>49</sup> -en adelante, LGD- y de la STJUE de 11 de abril de 2013<sup>50</sup> -asunto Ring- se produce un cambio hacia una interpretación amplia del concepto de “persona con discapacidad”, entendiéndose que en el ámbito subjetivo del art. 25 de la LPRL, se incluyen tanto los trabajadores con discapacidad reconocida como los que no. Esta tesis se fundamenta también, en la interpretación combinada de los contenidos del art 63.2 y 64 de la LGD, estableciendo que ante cualquier situación de vulneración de la igualdad de oportunidades, incluida la denegación de ajustes razonables, cualquier persona con discapacidad podrá recabar la protección de las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en la ley, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad.

En referencia a las obligaciones del empresario con respecto a este colectivo de trabajadores, la LPRL establece dos obligaciones específicas, que son:

---

<sup>49</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 03/12/2013.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, Asunto C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, en representación de Jette Ring, y Dansk almennyttigt Boligselskab (asunto C-335/11), y entre HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge, y Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, en situación de concurso (asunto C-337/11).

personalizar las evaluaciones que haya de efectuar, y no emplearles en aquellos puestos de trabajo en que puedan originar un peligro para ellos mismos, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Se plantea aquí un segundo gran problema de insuficiencia desde el plano legal, puesto que se aprecia una gran indeterminación por parte del legislador a la hora de establecer estas obligaciones, lo que nos llevaría a preguntarnos si existe una verdadera limitación por parte del empresario a la hora de poder contratar trabajadores con discapacidad -en aquellos que puedan ponerse en situación de peligro ellos mismos o a otros trabajadores, o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo- y por otra parte, cabría preguntarse qué ocurre en estos mismos supuestos de trabajadores que ya se encuentran incorporados en la empresa. Sin duda, para poder dar respuesta a estas cuestiones podríamos acudir a la jurisprudencia social, existiendo al respecto pronunciamientos sólo por parte de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Puede en este sentido mencionarse una primera línea de posicionamiento judicial que considera que el art. 25 LPRL impone al empresario la mera adaptación, de ser posible, de las condiciones de trabajo ligadas al puesto de trabajo desarrollado por la persona trabajadora, así como la no adscripción temporal del trabajador a puestos de trabajo que resulten incompatibles con su estado de salud o que pongan en riesgo la salud de terceros. Esta línea niega que el citado precepto legal imponga al empresario un cambio de puesto de trabajo o de funciones, salvo que así se prevea en convenio o pacto colectivo o individual. La segunda línea interpretativa seguida a nivel judicial considera que el art. 25 LPRL impone también al empresario el cambio de puesto de trabajo, de ser éste técnica y objetivamente posible, cuando la adaptación de las condiciones de trabajo no sea posible o suficiente para evitar los riesgos. Se trata, por tanto, de dos interpretaciones del artículo 25 LPRL totalmente opuestas. Sin embargo, en los últimos años, parece abrirse paso con mayor fuerza la segunda línea interpretativa que considera que el empresario debe adoptar todas las medidas preventivas a su alcance, incluyendo, en su caso, el cambio de puesto de trabajo.

Otro problema adicional se nos plantea cuando en la empresa no existe un puesto adecuado a la situación del trabajador afectado, pudiéndose acudir al respecto, de nuevo, el pronunciamiento de un Tribunal Superior de Justicia: la STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2009<sup>51</sup>, disponiendo al referirse al cambio del puesto de trabajo, “que no existe un derecho ilimitado del empleado de rotar por cualquier puesto de la empresa, sino que la variación de sus funciones deberá producirse en el marco de la profesión para la que fue contratado”. La sentencia razona que esa obligación de salud y seguridad no puede llevarse a sus últimas

---

<sup>51</sup> STSJ (Sala de los Social) de Navarra, de 25 de marzo de 2009 (Rec. 442, 2008).

consecuencias obligando al empresario al cambio o adaptación del puesto de trabajo, en cualquier caso, creando para la actora un “trabajo a la carta”. Y es que, en el supuesto enjuiciado, la empresa ofreció a la actora distintas alternativas para que el desempeño de su trabajo le resultase más liviano; lo que no resulta admisible es imponer al empresario la asignación de un puesto de trabajo que no existe, ya que dentro de la categoría profesional que ostenta la actora todos los trabajadores de la empresa desempeñan las mismas funciones asistenciales, o asignarle funciones en el centro de día cuando no existe actualmente vacante.

Ciertamente podemos defender que, en materia de empleo y discapacidad, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad -como derecho esencial para el desarrollo integral de estas personas-, se configura como un derecho dual -libertad y derecho social- en el que se integra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a no ser discriminado por motivo de la discapacidad y también es cierto que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>52</sup> -en adelante, CDPD- supone la consagración del enfoque de derechos de estas personas, ya que considera a las mismas como sujetos titulares de derechos; y obliga a los poderes públicos, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos. Por lo que la ratificación por España de esta Convención y su posterior entrada en vigor, debemos entender que introduce en nuestro ordenamiento jurídico un avance legislativo sobre esta materia, provocando la adaptación y reforma de la normativa española sobre los derechos de las personas con discapacidad, a través de la citada LGD. Sin embargo, a pesar de los avances legislativos en esta materia, este colectivo tiene aún muchas dificultades para integrarse en el mercado de trabajo. En este sentido, es imprescindible y necesario orientar el conjunto de acciones públicas y de producción legislativa en esta materia, hacia la eliminación de todo tipo de barreras o impedimentos que excluyan a estas personas del acceso al trabajo; al mismo tiempo que hagan posible -como sujetos activos titulares de derechos- su participación en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos. Por este motivo, es imprescindible que el empresario adopte las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo y las de protección y prevención, teniendo presente la yuxtaposición del carácter transversal de la discapacidad con la naturaleza interdisciplinar y multidisciplinar de la Prevención de Riesgos Laborales. Pero conseguir efectivamente la adopción de las indicadas medidas necesarias, por parte del empresario, supone salvar la distancia entre la dimensión institucional-normativa y la dimensión de las conductas reales y concretas.

---

<sup>52</sup> Instrumento jurídico internacional de derechos humanos destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. El texto fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, el 13 de diciembre de 2006, y se abrió para la firma el 30 de marzo de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

El análisis conjunto del artículo 25.1 LPRL y del artículo 40.2 LGD, ha puesto de manifiesto la existencia de los problemas derivados de la interpretación de ambos preceptos; no solo a la hora de determinar su ámbito subjetivo, sino también sobre otros aspectos fundamentales de sus contenidos, como el alcance del cambio del puesto de trabajo. Para dar una posible respuesta adecuada a estos problemas planteados en el ámbito de la discapacidad y prevención de riesgos laborales, se debería asumir el desarrollo reglamentario por parte del Gobierno, de los “ajustes razonables” y de los contenidos del artículo 25 de la LPRL, en base a la DF 3ª de la LGD y al artículo 6.1.f de la LPRL.

### E.2.3. Personas trabajadoras con discapacidad

#### E.2.3.1. Medidas de flexibilidad interna en la negociación colectiva en relación al colectivo de personas trabajadoras con discapacidad

El efecto disruptivo que produce la pérdida del empleo de las personas trabajadoras por razón de la discapacidad<sup>53</sup>, demanda la búsqueda de soluciones alternativas a la extinción del contrato de trabajo, más allá de la aplicación estricta de la norma jurídica. Nada impide que desde el campo de actuación que nos ofrece la negociación colectiva, se puedan establecer medidas que permitan la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado ayudando a superar el efecto extremo que se produciría como consecuencia de la ruptura de la relación laboral. La pérdida del empleo por discapacidad sobrevenida, supone una amplia y variada casuística que en algunos supuestos la ley otorga una determinada protección, pero que en otros deja al trabajador desprotegido<sup>54</sup>.

En este sentido, aunque el efecto reparador<sup>55</sup> de la Seguridad Social actúe para compensar la pérdida de las retribuciones, sin embargo, junto a la aparición de la merma de la salud<sup>56</sup>, el hecho traumático que provoca la extinción del contrato de trabajo, supone la pérdida de otros derechos íntimamente ligados al derecho a un trabajo digno, indispensables para el desarrollo integral de las personas, como son por ejemplo el desarrollo de una carrera profesional, formación continua, ascenso, etc.

<sup>53</sup> Con especial incidencia en las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida.

<sup>54</sup> Cfr. RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad”, en MONEREO PEREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (COORDS.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa QUESADA SEGURA*, Sevilla, Temas laborales, 2016, pág. 880. También puede consultarse LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 17-22.

<sup>55</sup> Vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “La prevención “versus” reparación”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 11-32.

<sup>56</sup> Vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014, págs. 53-88.

Por este motivo, se hace necesario un estudio pragmático y preventivo, que intente paliar los efectos perjudiciales que se derivan para el trabajador, aportando propuestas que superando la aplicación estricta de la ley (institucionalidad) encuentren soluciones en otras medidas alternativas (reciprocidad)<sup>57</sup>.

Pero, para poder iniciar el abordaje de la problemática inherente a la discapacidad sobrevenida, nos interesa, antes de nada, realizar una aproximación a su concepto. En este sentido, según nos indica la profesora Suriá Martínez, “(...) el advenimiento de una situación de discapacidad a lo largo del ciclo vital supone, para la persona que la sufre y su entorno, un proceso acelerado y sorpresivo en el que es preciso realizar una asimilación que, en las personas con discapacidad congénita o perinatal, se realiza de manera natural y progresiva<sup>58</sup>”.

Resulta importante pues, en primer lugar, entender que el carácter sobrevenido implica un tipo de “asimilación acelerada” de la nueva situación, en el que factores como la información adecuada sobre consecuencias, expectativas y apoyos resultan clave. El momento en el que sobreviene la discapacidad supone por tanto una ruptura, un punto de inflexión vital, en el que es preciso realizar renunciaciones en ocasiones muy importantes. En un contexto de falta de información o escasez de apoyos, la sobrecarga y el nivel de estrés en el entorno de la persona con discapacidad se han demostrado muy elevados, teniendo que afrontar “un doble proceso, uno de desadaptación al estilo de vida anteriormente llevado y que deben cambiar por la nueva situación y el otro, un proceso de afrontamiento-aprendizaje de una nueva forma de vida [sic]<sup>59</sup>”.

En este contexto, existen evidencias de que cuanto más tardía es la aparición de la situación de discapacidad, más difícil será la adaptación a la nueva

---

<sup>57</sup> Como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, “(...) el enfoque de justicia relacional propone buscar la justicia principalmente en la relación, porque el origen de la injusticia social es de carácter relacional. Lo que, más allá de lo institucional o normativo -imprescindible para reequilibrar la desigualdad negocial-, exige atender a la parte viva de la relación, a la participación e interacción recíproca continua”. Potenciando en definitiva un contexto de socialidad (relaciones sociales), de carácter civil común donde sean importantes el *todos en cada uno[sic]*”, *Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A.:* “La relación laboral como relación social”, *Revista CEF*, núm. 382, 2015, p. 13 y también en MÁRQUEZ PRIETO, A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2016, pág. 141.

<sup>58</sup> Cfr. SURIÁ MARTÍNEZ, R.: “Discapacidad y empoderamiento: análisis de esta potencialidad en función de la tipología y etapa en la que se adquiere la discapacidad”, *Anuario de Psicología*, núm. 43 (3), 2013, págs. 297-311.

<sup>59</sup> *Ib.* p. 78.

situación, por lo que un despliegue temprano de apoyos será tanto más necesario, cuanto más avanzada es la edad de la persona que entra en situación de discapacidad<sup>60</sup>.

### *E.2.3.2. La flexibilidad como alternativa a la extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad*

La negociación colectiva es un instrumento idóneo para paliar el efecto extintivo del contrato de trabajo aportando soluciones orientadas a la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado por la discapacidad sobrevinida. Ante la tensión que se produce entre la protección del trabajador cuya salud se ha visto mermada y la posibilidad de que se extinga la relación laboral vías ex arts. 49, 1, e) o 52, a) ET, hay un amplio abanico de posibilidades que debemos analizar.

En base al principio de adaptación del trabajo a la persona, se podrían buscar mediante la negociación colectiva otras alternativas con efectos menos perjudiciales para el trabajador como la adaptación de los equipos y del puesto de trabajo, adaptación del horario y/o jornada, readaptación de las funciones que venía desarrollando el trabajador, introducción, potenciación o adaptación del uso de las nuevas tecnologías -según proceda-, excedencia, suspensión del contrato de trabajo, etc. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto un sector doctrinal, esta readaptación, podría llevar aparejada para el trabajador un retroceso en sus condiciones laborales iniciales.

Entre los posibles acuerdos previstos por la ley -de forma excepcional y para casos concretos-, cabría suscribirse la suspensión del contrato de trabajo. En este sentido, el art. 48.2 ET, prevé la suspensión del contrato de trabajo, por incapacidad permanente reconocida -en cualquiera de sus grados- con derecho a reserva del puesto de trabajo, cuando, "(...) a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente". Desde la protección que se dispensa en la LPRL, de conformidad con los arts. 4 y 46.3 de la misma, se establece como última opción en supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia.

---

<sup>60</sup> También en este contexto, resulta imprescindible incorporar la perspectiva de género, ya que son las mujeres (madres, esposas, hermanas, hijas) quienes asumen, con mucha más frecuencia e intensidad que los varones, la prestación de los apoyos que la persona con discapacidad va a necesitar en su nueva situación, *Vid. VV.AA: La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sobrevivido una discapacidad en la edad adulta*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.

También hay que tener en cuenta aquellos supuestos de trabajadores que han visto extinguido su contrato por causa de incapacidad permanente total o absoluta y que posteriormente, como consecuencia de la revisión de su grado de invalidez recobren su plena capacidad, quedando excluidos de la protección de la Seguridad Social. En estos casos, está previsto legalmente un derecho de preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo; y si su revisión le conduce a una incapacidad permanente parcial, entonces le asistiría un derecho a reingresar en la primera vacante que sea adecuada a su categoría.

Analizados los supuestos que encuentran su protección en la ley, cabría preguntarse ¿qué sucede con aquellos supuestos no cubiertos por la misma? En estos casos, creemos que la negociación colectiva se presenta como una medida verdaderamente eficaz para suplir estos vacíos legales o, para desarrollar y mejorar aquellas regulaciones deficientes.

Junto a la suspensión del contrato de trabajo, otra alternativa que podemos contemplar es la excedencia voluntaria regulada en el art. 46.5 ET, que otorga al trabajador “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. Este derecho, como ha matizado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, no es un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata, sino se trata de un derecho potencial -expectante- condicionado a la existencia de vacantes en la empresa, si bien, en estos casos no existe una obligación de reservar el puesto de trabajo, por lo tanto, la empresa dispone de una mayor libertad para atender y reconfigurar su relación laboral. Ahora bien, conviene matizar que cuando el trabajador en excedencia solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición, o la rechaza pretextando falta de vacantes, o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la “acción de reingreso”; mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca, que implica el rechazo de la existencia de relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada, frente a ella es la de “despido”.

### *E.2.3.3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sobre el tratamiento de la discapacidad*

#### *A. Ámbito subjetivo*

Del elenco de convenios colectivos analizados, se puede deducir la existencia de tres situaciones diferentes atendiendo al grupo de trabajadores que se pueden beneficiar de las medidas de adaptación y/o recolocación.

En primer lugar, un nutrido número de convenios que no contemplan ningún tipo de medidas de adaptación y/o recolocación para el colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida, trabajadores especialmente sensibles o con discapacidad congénita. En este sentido, el examen del vigente *Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos*<sup>61</sup>, nos desvela la confirmación de esta circunstancia, contemplando como única medida para estos supuestos la suspensión del contrato de trabajo<sup>62</sup>. En este caso, coincidimos con las tesis que sostienen que la suspensión del contrato de trabajo -como la excedencia voluntaria- deberían operar con carácter subsidiario, cuando no fueran posibles o viables otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo o la asignación de otro puesto de trabajo compatible con la capacidad residual del trabajador afectado por la discapacidad laboral sobrevenida<sup>63</sup>.

En segundo lugar, hay un grupo de convenios que se limitan a reproducir los contenidos de las disposiciones legales o simplemente, a realizar una remisión a dichos textos normativos. Un ejemplo lo encontraremos en el *Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social (2022-2024)*<sup>64</sup>, que dispensa en su art. 47, una protección a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, copiando literalmente el contenido del art. 25 de la LPRL en los siguientes términos: “La empresa garantizará de manera específica la protección de los trabajadores y trabajadoras que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (...) Los trabajadores y trabajadoras no serán empleados o empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa

<sup>61</sup> VII Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Cód. 99008725011994, BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2021).

<sup>62</sup> Concretamente, en su art. 51 se establece que: “En el supuesto de incapacidad temporal, el contrato permanecerá suspendido durante todo el tiempo que dure la misma, incluso en el período que la empresa haya dejado de cotizar a la Seguridad Social. En el supuesto de invalidez permanente total para la profesión habitual, invalidez absoluta o gran invalidez, el contrato permanecerá suspendido durante dos años a contar desde la fecha de la resolución que la declaró si a juicio del órgano de calificación la situación de incapacidad del trabajador va a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo. Durante el tiempo de suspensión se computará la antigüedad”.

<sup>63</sup> Vid. GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 264.

<sup>64</sup> Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2022-2024 (Cód. 99100155012015, BOE núm. 259, de 28 de octubre de 2022).

de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pudieran poner en peligro o causar daños a sí mismos, a los demás trabajadores y trabajadoras o a otras personas relacionadas con la organización”.

En tercer lugar, detectamos en este estudio un grupo muy extenso integrado por un número de convenios que proyectan una especial y detallada atención al colectivo de trabajadores con discapacidad sobrevenida de forma muy diversa. En este grupo, es especialmente destacable que en referencia a las medidas de protección y de adaptación del puesto de trabajo, el art. 68 del *Convenio Colectivo Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y su personal de tierra*<sup>65</sup>, establece una protección a los que “trabajadores con capacidad disminuida”. En el supuesto de que la disminución venga motivada a raíz de un accidente laboral, el trabajador no verá mermada su retribución económica y si viniese motivada a raíz de otros supuestos, el trabajador percibirá como mínimo un setenta y cinco por cien de su retribución mensual de conceptos fijos. Igualmente encontramos esta protección en el art. 8.3 del *Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón*<sup>66</sup>, en el art. 58 del *Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia*<sup>67</sup> y en el art. 49 del *Convenio Colectivo de la empresa Salestarget*<sup>68</sup>, que extiende esta protección incluso a trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

También, en el *Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya*<sup>69</sup>, en su art. 15.5, regula la adaptación o cambio de puesto de trabajo por motivos de salud y establece que “en el supuesto de que la adaptación no sea posible, y con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación

---

<sup>65</sup> IV Convenio Colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). (Cód. 90015491012005, BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2017).

<sup>66</sup> Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón. (Cód. 99003955011981, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2021).

<sup>67</sup> Convenio Colectivo de la empresa Cepl Iberia, S.L. (Cód. 90103772012020, BOE núm. 223, de 19 de agosto de 2020).

<sup>68</sup> Convenio Colectivo de la empresa Salestarget, S.L. (Cód. 90102162012015, BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2015), vigente en 2023.

<sup>69</sup> VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. (Cód. 7900692, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4640, de 24 de mayo de 2006), vigente en 2023.

laboral, se tiene que encargar al trabajador/a el ejercicio de funciones de un puesto de trabajo que pueda desarrollar. Los cambios de puesto de trabajo se deben efectuar a plazas de cualquier departamento de la Generalidad siempre y cuando el trabajador/a reúna los requisitos para abastecer el puesto de trabajo y las características para desarrollarlo”.

Por su parte, en el *Convenio Colectivo de la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental*<sup>70</sup>, en el art. 17.12, se contempla la adaptación del puesto de trabajo, “cuando por razones médicas un trabajador no cumpla con los estándares mínimos para intervenir en situaciones de emergencia pero de acuerdo con la evaluación facultativa pueda realizar trabajos forestales, la empresa adaptará su puesto de trabajo dentro de su propio elemento en ese sentido, si organizativamente resulta posible dado su perfil profesional, la configuración y tipología del puesto. Lo mismo se aplicará al resto de trabajadores que por razones médicas no puedan llevar a cabo las funciones de su puesto de trabajo”, regulando un órgano denominado “*comisión de recolocación*” en su art. 17.11.

Una readaptación al puesto de trabajo se contempla en el art. 40, apartado 7º del *Convenio Colectivo Interprovincial Andaluz de la empresa Team*<sup>71</sup>, que dice: “El empresario tendrá que hacer el esfuerzo que sea necesario y adoptar las medidas precisas para readaptar a un nuevo puesto de trabajo acorde con la situación actual del trabajador, a todos aquellos que por cualquier causa pudieran estar o sufrir en el futuro una discapacidad física o psíquica sobrevenida”, continua diciendo que: “En caso de la trabajadora embarazada cuyo médico prescriba un cambio de puesto de trabajo por razón de su estado, se adecuará a otros cometidos, respetándose su situación económica”.

Este mismo derecho a la adaptabilidad del puesto de trabajo, se establece en el art. 20 del *Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía*<sup>72</sup>; “Los/as trabajadores/as con minusvalía física, psíquica o sensorial, tendrán derecho, en función de la misma, a la adaptabilidad del puesto de trabajo, conforme a las posibilidades de este. Del mismo modo, tendrán este derecho los/as trabajadores/as que posteriormente a su contratación, por accidente o

---

<sup>70</sup> Convenio colectivo de la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Agroambiental (SAR-GA). (Cód. 72100142012017, Boletín Oficial de Aragón núm. 145, de 31 de julio de 2017), vigente en 2023.

<sup>71</sup> Convenio Colectivo Interprovincial Andaluz de la empresa externa Team. (Cód. 71100081012016, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 42, de 3 de marzo de 2016), vigente hasta el 31/12/2022.

<sup>72</sup> VII Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía (FOREM-ANDALUCÍA). (Cód. 71000592011996, Boletín Oficial de Andalucía núm. 60, de 28 de marzo de 2019).

enfermedad, sufran algún tipo de lesión que no les impida realizar su trabajo”. En este sentido Forem-Andalucía, conforme a las posibilidades del puesto de trabajo facilitará los medios necesarios para la adaptación del puesto de trabajo, respetando en cada caso el salario y la categoría profesional del/la trabajador/a afectado/a, de igual modo encontramos esta protección en el art. 59 del *II Convenio Colectivo de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales*<sup>73</sup>.

Especial atención merece el estudio del *III Convenio Colectivo de la empresa Coviran*<sup>74</sup>, que además de incluir todas las medidas analizadas anteriormente, incluye una protección mayor en supuestos incluso no contemplados en las normas de Seguridad Social, ET o LPRL. Así por ejemplo en el art. 27, contempla que “en los casos de embriaguez y/o drogodependencia habitual manifestadas en jornada laboral y en su puesto de trabajo. La sanción que pudiera corresponder al trabajador por esta infracción, no se llevará a efecto si el trabajador voluntariamente decide someterse a rehabilitación bajo dirección facultativa, habilitándose a tal efecto una excedencia con reserva de puesto de trabajo de un año, ampliable hasta dos años si la misma fuese necesaria para la curación conforme a la certificación de una institución competente en la materia”.

Otra protección que se extiende incluso más allá de la enfermedad profesional o accidente laboral, es la que se otorga en el art. 34, estableciéndose que “la empresa complementará, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, hasta el 100 % del salario base más complementos personales, desde el primer día”.

Para finalizar este subepígrafe, haremos referencia a una serie de supuestos contemplados en la negociación colectiva que abordan la disminución de discapacidad del trabajador en términos amplios<sup>75</sup> -como puede ser la edad u otras circunstancias-, denominado “personal con capacidades diferentes”, previsto en el art. 53 del *Convenio Colectivo de la Industria del Calzado*<sup>76</sup>, que dice: “Las Empresas acoplarán al personal cuya capacidad haya disminuida por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. Tendrá preferencia el incapacitado/incapacitada para su labor

<sup>73</sup> II Convenio Colectivo de la Empresa Fundación Andaluza de Servicios Sociales. (Cód. 4104352, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 136, de 13 de junio de 2008). Con acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOP Sevilla 11-12-2013).

<sup>74</sup> III Convenio Colectivo de la empresa Coviran, SCA. (Cód. 90101662012013, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2021).

<sup>75</sup> *Vid.* GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas, *Op. cit.*, pág. 244.

<sup>76</sup> *Convenio Colectivo de la Industria del Calzado* (Cód. 99000805011981, BOE núm. 85, de 10 de abril de 2023).

habitual a causa de accidente de trabajo o enfermedad indemnizable sufrida al servicio de la Empresa”. También en el Convenio Colectivo del sector de la construcción<sup>77</sup>, en el art. 78 se hace referencia al “Personal de capacidad disminuida”, definiendo el mismo como aquel que “por edad u otra circunstancia, haya experimentado una disminución en su capacidad para realizar las funciones que le competen” y sigue diciendo que: “(...) podrá ser destinado por la empresa a trabajos adecuados a sus condiciones actuales, siempre que existan posibilidades para ello”. Incluso este convenio extiende su protección a trabajadores que realicen “trabajos susceptibles de originar un perjuicio para la salud sin merma de la capacidad laboral”, estableciendo en su art. 79 que: “Cuando un trabajador, sin merma de su capacidad laboral, pudiera resultar, previsiblemente y con cierto fundamento, perjudicado en su salud, con motivo u ocasión del trabajo que habitualmente realiza, a criterio del médico de empresa o facultativo designado por ésta a tal efecto, podrá ser destinado por la empresa a un nuevo puesto de trabajo, si lo hubiese, en el que no exista tal riesgo o peligro y adecuado a su nivel de conocimientos y experiencia, asignándosele la clasificación profesional correspondiente a sus nuevas funciones, así como la remuneración que corresponda a éstas”.

### *B. Medidas de adaptación*

Conviene recordar y, adicionalmente, destacar que el derecho a la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado por la discapacidad sobrevenida, que se sustenta -entre otros- en los principios que se desprenden de los arts. 15. d) -adaptación del trabajo a la persona- art. 25.1 -trabajadores especialmente sensibles- de la LPRL y del art. 40.2 LGD -ajustes razonables-, no es ilimitado y, por tanto, la negociación colectiva se manifiesta como un instrumento idóneo para fijar los límites adecuados<sup>78</sup>.

De esta forma, se puede apreciar un derecho relativo en la redacción del art. 46.2, del Convenio Colectivo estatal de la empresa Fleet Care Services<sup>79</sup>, al establecer que: “Las empresas procurarán acoplar al personal con capacidad disminuida, que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida al ser-

<sup>77</sup> VI Convenio Colectivo del sector de la construcción (Cód. 99005585011900, BOE núm. 187, de 5 de agosto de 2022).

<sup>78</sup> Como ya se ha expuesto con anterioridad en otro estudio, la mejora mediante la negociación colectiva, se justifica en base a la DF 3ª de la LGD y al art. 6.1.f) LPRL. *Vid.* RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas...op. cit., pág. 889.

<sup>79</sup> Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). «BOE» núm. 231, de 27 de septiembre de 2023.

vicio de la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones”. Sin embargo, como se desprende de la lectura del texto, al utilizar el término “procurarán”, parece que se está reconociendo un derecho relativo o condicionado<sup>80</sup>.

En otros supuestos, existe una auténtica “obligación”, como se aprecia en el texto del art. 68 del *Convenio Colectivo Air Europa Líneas Aéreas*<sup>81</sup>, que dice que: “En caso de que a través de la vigilancia de la salud se detectara una situación de riesgo para un trabajador, cuya capacidad haya disminuido, por razón de la edad, estado de salud debido a enfermedad o accidente, la empresa estará obligada a la adecuación del puesto de trabajo del empleado afectado, de manera que se ajuste a sus condiciones físicas”.

También, podremos encontrar en el art. 27 del Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales<sup>82</sup>, un “*derecho de reingreso preferente*”, al redactarse en los siguientes términos: “La situación de un trabajador/a con una minusvalía o invalidez reconocida por el organismo competente de un mínimo de un 33%, que no esté en condiciones de desarrollar su trabajo normal y sea declarado no apto por el servicio de prevención, será estudiada en el seno del comité de seguridad y salud. El análisis se efectuará buscando que dicho trabajador/a sea asignado a un puesto adecuado a sus condiciones físicas y/o psíquicas, en cuyo caso su remuneración se adaptará a sus nuevas funciones. En caso de que no exista una vacante en la empresa para la reubicación y la empresa optase por la resolución del contrato, el trabajador/a afectado tendrá prioridad sobre cualquier contratación posterior que se adecúe a sus condiciones físicas y/o psíquicas. En caso de que sea declarado en situación de invalidez total, absoluta o gran invalidez no será de aplicación lo expuesto en el párrafo anterior”.

Menos frecuente, son los supuestos en los que no se establecen límites, como es el caso del Convenio Colectivo de empresa Siemens<sup>83</sup>, que en su art. 32, establece que: “Los trabajadores afectados por capacidad disminuida sobrevenida tendrán opción a realizar otra actividad distinta a la de su categoría profesional y adecuada a su aptitud”.

---

<sup>80</sup> *Id.* GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas, *Op. cit.*, pág. 246.

<sup>81</sup> V Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico). «BOE» núm. 231, de 27 de septiembre de 2023.

<sup>82</sup> Convenio Colectivo de Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (Transfesa Logistics, S.A.). (Cód. 90005072011981, BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2012). Con revisión parcial en BOE 17-11-2022.

<sup>83</sup> Convenio Colectivo de empresa Siemens, S.A. (Cód. 90010642011997, BOE núm. 169, de 17 de junio de 2020).

Cuando la adaptación no es posible, el *Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya*<sup>84</sup>, en su art. 15.5, establece que: “(...) en el supuesto de que la adaptación no sea posible, y con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación laboral, se tiene que encargar al trabajador/a el ejercicio de funciones de un puesto de trabajo que pueda desarrollar. Los cambios de puesto de trabajo se deben efectuar a plazas de cualquier departamento de la Generalidad siempre y cuando el trabajador/a reúna los requisitos para abastecer el puesto de trabajo y las características para desarrollarlo”.

Otra fórmula utilizada, estaría orientada hacia una hipotética “*posibilidad*”. En este sentido, se puede apreciar en el art. 20 del *Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía*<sup>85</sup>; “Los/as trabajadores/as con minusvalía física, psíquica o sensorial, tendrán derecho, en función de la misma, a la adaptabilidad del puesto de trabajo, conforme a las posibilidades de este. Del mismo modo, tendrán este derecho los/as trabajadores/as que posteriormente a su contratación, por accidente o enfermedad, sufran algún tipo de lesión que no les impida realizar su trabajo”.

Respecto a cómo llevar a cabo esa reubicación, el *Convenio Colectivo de la empresa Renault*<sup>86</sup>, en el art. 21, contempla el cambio del puesto de trabajo y se reconocen como causas para el cambio de un trabajador de un puesto de trabajo a otro, la disminución de la aptitud para el desempeño de un puesto de trabajo. Sin embargo, lo verdaderamente novedoso de este convenio es el establecimiento de un detallado Reglamento que regula esta disminución de aptitud, mediante el cual un trabajador podrá ser declarado en situación de disminución de aptitud por causas fisiológicas o psíquicas. En cuanto al órgano definidor de la situación, se establece que será el Servicio Médico de Empresa, con el asesoramiento de los Representantes de los Trabajadores, del Comité de Seguridad y Salud y de la propia Empresa (Departamento de Condiciones de Trabajo y otros), será el único órgano encargado de definir esta situación, fijando el grado de inaptitud del trabajador, puestos que puede desempeñar y asesorar sobre el tratamiento que debe seguir para lograr su rehabilitación.

Una vez definida por el Servicio Médico la situación de disminución de aptitud, al trabajador afectado se le aplicará el siguiente régimen: a) Le será enco-

---

<sup>84</sup> VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. (Cód. 7900692, Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4640, de 24 de mayo de 2006), vigente en 2023.

<sup>85</sup> VII Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Andalucía (FOREM-ANDALUCÍA). (Cód. 71000592011996, Boletín Oficial de Andalucía núm. 60, de 28 de marzo de 2019).

<sup>86</sup> Convenio Colectivo de la empresa Renault España, S.A. (Cód. 90002092011981, BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 2021).

mendado el desempeño de un puesto de trabajo compatible con sus facultades dentro de las posibilidades de la Empresa y siguiendo las recomendaciones formuladas por el Servicio Médico. A estos efectos, y en igualdad de condiciones, se dará preferencia a la antigüedad en la Empresa. b) Le será atribuida la categoría y nivel real correspondiente al puesto que vaya a desempeñar, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior. c) Su retribución será la correspondiente a la categoría y nivel del nuevo puesto de trabajo incrementado con un plus de garantía (PDA), que será la diferencia entre las percepciones correspondientes a la categoría y nivel consolidados anteriores a la disminución y las percepciones de la situación profesional correspondiente al nuevo puesto de trabajo, que ocupe en cada momento. El importe de este plus de garantía, se calculará y fijará en el momento de ocupar el nuevo puesto, siendo absorbible el citado plus por los incrementos retributivos que puedan corresponder por cambio de categoría o de nivel, y con excepción de los debidos a variaciones en el valor de la Prima. Pero a efectos de este convenio, ¿qué se entiende por disminución de aptitud? El Reglamento define “*disminuidos de aptitud*” aquellos trabajadores que tengan una reducción o limitación funcional, física o psíquica grave, que les impida desarrollar de forma correcta y completa los cometidos de los puestos de trabajo usuales de la Empresa. Esta disminución de aptitud habrá de ser equivalente a la contemplada en las normas legales que el 1 de enero de 1978 regulaban el régimen de minusválidos. Si por cualquier circunstancia se modificara este criterio legal, prevalecería el que aquí se establece.

Por otra parte, merece especial atención, el requisito que se establece en este Reglamento, cuando dice que: “A partir de la vigencia de este Convenio, antes de la declaración definitiva de disminución de aptitud por el Servicio Médico de Empresa, el trabajador en cuestión deberá solicitar la declaración de minusválido ante la unidad provincial de valoración de minusválidos, sometiéndose a las pruebas y demás requisitos que por dicho organismo le fueran exigidos. La negativa del trabajador a someterse a estos trámites dará lugar a la interrupción del expediente de declaración de disminuido de aptitud”, si bien el diagnóstico y decisión de la unidad provincial de valoración de minusválidos tendrá carácter orientativo, pero no vinculante para el Servicio Médico de Empresa, que es el único órgano definidor de la situación de disminuido de aptitud a los efectos de la presente normativa.

Una excepcional extensión de la protección que encontramos en el vigente *Convenio Colectivo de Seat*<sup>87</sup>, que si bien establece una protección en su art. 133.1 a los trabajadores declarados incapacitados o discapacitados por los ór-

---

<sup>87</sup> Resolución de 19 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo de SEAT, SA. «BOE» núm. 234, de 29 de septiembre de 2022.

ganos competentes de la Seguridad Social o de la Comunidad Autónoma “la empresa se compromete a facilitar un puesto de trabajo adecuado a los trabajadores declarados incapacitados parciales o totales para su profesión habitual o discapacitados por los órganos técnicos oficiales correspondientes”, ampliando la protección en su apartado tercero incluso a otros trabajadores que no han obtenido esta declaración, “No obstante, la citada Comisión, por unanimidad, podrá extender excepcionalmente esta consideración a otros trabajadores para los que se estime que no pueden ocupar un puesto normal de trabajo”.

*C. A modo de reflexión conclusiva sobre las medidas de flexibilidad interna adoptadas a través de la negociación colectiva respecto a las personas trabajadoras con discapacidad*

El gran impacto que provoca la extinción del contrato de trabajo por discapacidad -especialmente cuando se trata de una discapacidad sobrevenida-, supone una amplia y variada casuística que, en algunos supuestos la ley otorga una determinada protección, pero que en otros deja al trabajador desprotegido. Por este motivo, es necesario realizar un estudio que intente paliar los efectos perjudiciales que se derivan para el trabajador, aportando propuestas que superando la aplicación estricta de la ley encuentren soluciones en otras medidas alternativas. Desde el campo de actuación que nos ofrece la negociación colectiva -a través de las medidas de flexibilidad interna-, se puedan establecer estas medidas que permitan la adaptación y/o recolocación del trabajador afectado ayudando a superar el efecto extremo que se produciría como consecuencia de la ruptura de la relación laboral.

Una especial atención merece el carácter sobrevenido de la discapacidad, ya que supone un tipo de “asimilación acelerada” que implica a su vez “un doble proceso, uno de desadaptación del estilo de vida que se llevaba con anterioridad -que debe cambiar por la nueva situación- y, el otro, un proceso de afrontamiento-aprendizaje de una nueva forma de vida.

Ante la tensión que se produce entre la protección del trabajador cuya salud se ha visto mermada y la posibilidad de que se extinga la relación laboral vías *ex arts. 49, 1, e) o 52, a) ET*, hay un amplio abanico de posibilidades que debemos contemplar.

En base al principio de adaptación del trabajo a la persona, se podrían buscar mediante la negociación colectiva otras alternativas con efectos menos perjudiciales para el trabajador como la adaptación de los equipos y del puesto de trabajo, adaptación del horario y/o jornada, readaptación de las funciones que venía desarrollando el trabajador, introducción, potenciación o adaptación del

uso de las nuevas tecnologías -según proceda-, excedencia, suspensión del contrato de trabajo, etc.

Por otra parte, y atendiendo a los contenidos específicos de la negociación colectiva, se distinguen dos ámbitos de máximo interés en los que dicha negociación colectiva puede resultar extremadamente útil. Por una parte, el ámbito subjetivo que se orienta hacia el colectivo de trabajadores que se pueden beneficiar de las medidas de adaptación y/o recolocación e incluso ampliarse a aquellos trabajadores que no queden protegidos bajo el amparo de la LPRL -trabajadores especialmente sensibles-, ni de la LGD -persona con discapacidad-. Del estudio de los convenios colectivos aportados, hemos podido comprobar cómo se han podido determinar medidas adaptativas para trabajadores que no quedaban encuadrados en los supuestos mencionados.

Un segundo ámbito en el que la negociación colectiva se ha mostrado también muy útil, ha sido el relativo a la determinación de las medidas de adaptación y/o reubicación del trabajador con discapacidad sobrevenida. De los convenios analizados, hemos podido comprobar el amplio campo de actuación, a la hora de precisar y concretar estas medidas de flexibilidad interna susceptibles de ser adoptadas por el empleador, mediante la configuración del derecho a la adaptación y/o reubicación y el establecimiento de los posibles procedimientos para llevar a cabo dicha adaptación y/o reubicación.

#### **E.2.4. La mujer trabajadora en estado de embarazo, puerperio y lactancia natural**

##### *E.2.4.1. Breves notas sobre aspectos jurídicos esenciales*

Uno de los principios fundamentales que recoge el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud -en adelante, OMS- establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>88</sup>. Sin duda, el concepto de salud obedece a múltiples tratamientos y enfoques diversos. De todos ellos, ha sido la perspectiva médica la que ha tenido una aceptación más generalizada, distinguiéndose en dicha concepción tres elementos esenciales: psíquico, sanitario y fisiológico o somático; incorporándose la dimensión social en un momento histórico posterior. No obstante, de la vasta multiplicidad terminológica, y a colación del ámbito concreto del mundo laboral -sobre el que se proyecta nues-

---

<sup>88</sup> Véase la Constitución de la OMS que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados y entrando en vigor el 7 de abril de 1948, incorporándose en el texto original posteriores modificaciones.

tro interés- pensamos que, en base a la visión integradora de la OMS, la “salud laboral” haría referencia al completo bienestar físico, mental y social de la persona trabajadora que podría ser afectado por los diferentes factores de riesgo que están presentes en el lugar de trabajo. Dicha aseveración conecta de inmediato con el objetivo social de alcanzar el más alto y completo grado de salud para la población, pues el *derecho a la salud* se concibe en la actualidad como un *derecho fundamental de la persona*, requiriéndose para su efectividad la implicación de otros sectores como son los sociales, políticos, económicos, etc. Ahora bien, tradicionalmente la normativa sobre la protección de la salud laboral de la mujer -nacional e internacional-, se ha centrado en aspectos exclusivamente biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, apreciándose un vacío en el abordaje de otros factores de las condiciones laborales que también podrían incidir de forma significativa en la salud de la mujer trabajadora. Muestra de ello, la LPRL contempla el establecimiento de medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural, por lo que se infiere que para el legislador nacional dichas medidas han sido suficientes. Sin embargo, dicho tratamiento reduccionista se ha ido ampliando de manera progresiva más allá de los aspectos puramente reproductivos integrándose, aunque de manera paulatina e incipiente, la perspectiva de género como estrategia transversal que permite avanzar hacia unas medidas más acordes con la actualidad<sup>89</sup>. En este sentido, el R. D. 901/2020, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro<sup>90</sup>, haciéndose eco de esta realidad, contempla de manera explícita “La salud laboral desde una perspectiva de género”. Y al hilo de lo expuesto, del elenco de convenios colectivos examinados, con especial interés en aquellos que incluyen los “Planes de Igualdad” -tanto los de empresa como los sectoriales-, se ha podido detectar que esta perspectiva de género en relación a la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora no se contempla realmente, haciendo referencia de forma mayoritaria a los estados de embarazo, puerperio y lactancia natural. Así, el *Convenio colectivo de la empresa Android Industries Zaragoza, S.L.*<sup>91</sup>, en el art. 47, dispone que: “Teniendo en cuenta las condiciones especiales que se dan en la mujer en estado de gestación y lactancia, Android Industries Zaragoza llevará a cabo dentro de todas sus obligaciones las siguientes acciones: Evaluación de riesgos en todos los puestos y tareas específicas sobre el riesgo en el embarazo y lactancia. Se estudiarán, conjuntamente por la empresa

---

<sup>89</sup> Vid. RIVAS VALLEJO P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74 (extra), 2009, *passim*.

<sup>90</sup> Véase el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

<sup>91</sup> Convenio colectivo de la empresa Android Industries Zaragoza, S.L. (Cód. 50100021012012, Boletín Oficial de Zaragoza núm. 284, de 12 de diciembre de 2019).

y los representantes de los trabajadores, teniendo muy en cuenta los informes del servicio de prevención, cada caso de forma individualizada, estableciendo las limitaciones que procedan, con el fin de conseguir la total adaptación y seguridad en el trabajo tanto para la mujer embarazada como para el feto, todo ello dentro del marco establecido por la legislación vigente”.

#### *E.2.4.2. La protección dispensada en el marco normativo actual de la LPRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico*

Tradicionalmente en España<sup>92</sup>, las políticas, gestión y proceso legislativo de PRL se han caracterizado por estar desarrolladas sobre un modelo neutro de trabajador<sup>93</sup>, cuyo referente ha sido el trabajador masculino. Las normas reguladoras de PRL contemplan la relevancia del sexo del trabajador en el contexto de la maternidad de la mujer trabajadora; concretamente, su regulación se contextualiza dentro del grupo de los trabajadores sensibles a determinados riesgos laborales<sup>94</sup> -al que ya hemos hecho referencia con anterioridad-. Dicha regulación, que es fruto del principio de adaptación del trabajo a la persona trabajadora -recogido en el ámbito internacional, tanto en la legislación comunitaria como por la OIT, según se muestra en las correspondientes tablas que se exponen ad infra-, que analizaremos de forma detallada en los siguientes subepígrafes.

---

<sup>92</sup> A diferencia de nuestro marco constitucional, en el derecho comparado podemos encontrar referencias de protección específica de la mujer trabajadora. Concretamente en la Constitución de la República Italiana de 21 de diciembre de 1947, en su art. 37 se establece que “La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador (...). Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada”.

<sup>93</sup> *Vid.* BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Murcia, Laborum, 2016, pág. 11.

<sup>94</sup> Destacándose como pilares legislativos más significativos en esta materia los siguientes: en el plano internacional, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; mientras que en el ámbito nacional hacemos mención de los arts. 25.2 y 26 LPRL. Concretamente, dicha protección se incorpora en el Capítulo III LPRL, dedicado a los Trabajadores especialmente sensibles que, a su vez, recoge lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco). En este sentido el art. 15 -rubricado Grupos expuestos a riesgos- dispone que “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”; véase en, RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, págs. 91-92.

**Tabla 1**  
**Relación de instrumentos jurídicos más significativos de la OIT sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer en el ámbito laboral**

<i>Instrumento jurídico</i>	<i>Observaciones</i>
Convenio C103 de 1952 sobre la protección de la maternidad, que se orienta a garantizar el derecho a interrumpir el trabajo de la mujer en situación de maternidad o de lactancia de hijos	Se aprecia un cambio en los fundamentos y principios jurídicos informadores de la normativa, pasando de unas normas prohibitivas de la actividad laboral en determinadas actividades (normativa paternalista) a unas normas orientadas a la protección de los riesgos de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia (normativa preventiva)
Recomendación R095 de 1952 sobre la protección de la maternidad	Se incluye un capítulo dedicado a la protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad y se orienta en concreto a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes, mediante medidas de carácter preventivo
Convenio C183 de 2000 relativo a la revisión del convenio sobre la protección de la maternidad	En su art. 3 se establecen las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad nacional como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo

*Fuente:* Elaboración propia a partir de la información disponible en el Repositorio digital de la biblioteca OIT.

**Tabla 2**  
**Relación de instrumentos jurídicos más significativos de UE sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer en el ámbito laboral**

<i>Instrumento jurídico</i>	<i>Observaciones</i>
Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)	Se destacan dos principios básicos en materia de PRL: la necesidad de adaptación del trabajo a la persona ex art. 6.2 y la obligación del empresario de dispensar una protección específica a los/as trabajadores/as de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles ex art. 15
Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992, de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia	Se parte de la base de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia, deben considerarse un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que se deben tomar medidas por parte del empresario relativas a su salud y seguridad. La tutela por tanto abarca la maternidad en sentido amplio de la mujer, y se extiende también a otros sujetos como el feto, en el periodo de embarazo, o el lactante, en el periodo posparto. Estamos ante una normativa de protección integral, que contempla la perspectiva preventiva de tutela contractual y social
Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo	Modifica la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976
Propuesta de Directiva de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia	Se modifican determinados aspectos relacionados con la protección de la maternidad de la Directiva 92/85/CEE. Destacamos entre otros: art. 2, definiciones; art. 8, permiso de maternidad; art.10, prohibición de despido; art. 11, derechos inherentes al contrato de trabajo

*Fuente:* Elaboración propia a partir de la información disponible en el Repositorio digital de la UE.

### *E.2.4.3. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica*

El primer problema jurídico que se plantea en relación a la trabajadora embarazada es determinar el momento a partir del cual se debe proteger, desde la perspectiva prevencionista, esta situación especial en la que se encuentra la trabajadora. Un análisis comparativo del Ordenamiento comunitario y el Derecho interno nos desvela una regulación desigual. Por una parte, la Directiva 92/85/CEE establece que se considerará “trabajadora embarazada”, aquella

que informe<sup>95</sup> a la empresa de su estado de gestación de conformidad con la legislación y/o práctica nacional.

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento interno (art. 26 LPRL), la trabajadora no está obligada a comunicar al empresario su estado de embarazo, ya que este aspecto pertenece al ámbito de la intimidad de la trabajadora<sup>96</sup> (art. 18.1 CE). Por lo tanto, la obligación para el empresario nacerá cuando éste tenga constancia efectiva del embarazo de la trabajadora, con independencia del medio de información<sup>97</sup> que se haya utilizado. Es decir, aunque la trabajadora no haya comunicado formalmente su estado de embarazo a la empresa, el conocimiento de su estado por parte de ésta obligará a la misma a que adopte las medidas preventivas oportunas para proteger la maternidad. Ahora bien, en algunos casos, en los que la empresa alegue su falta de conocimiento, no le será exigible la adopción de medidas preventivas y de protección del embarazo<sup>98</sup>.

De la exploración del elenco de convenios colectivos, se puede apreciar la existencia de dicha protección hacia el embarazo, adoptándose una gran diversidad de medidas de flexibilidad, por ejemplo:

- Reservas de plaza de aparcamiento: art. 53 del *Convenio Colectivo de la empresa Teka Industrial, SA*<sup>99</sup>, se advierte un contenido

---

<sup>95</sup> Adviértase que el TJCE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la comunicación del embarazo. Así, por ejemplo, en la STJCE de 4 de octubre de 2001, la trabajadora no tendrá que comunicar su embarazo, a pesar de que tenga ya conocimiento del mismo; incluso en el momento de la firma del contrato de trabajo. También, la STJCE de 27 de febrero de 2003, la trabajadora no está obligada a comunicar su estado de embarazo al empresario y, en consecuencia, éste no puede tener en consideración el embarazo a fin de adoptar las medidas protectoras.

<sup>96</sup> Para profundizar en este tema consúltase en, RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia, en GÓMEZ SALADO, M.A. (dirs.), Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica, Murcia, Laborum, 2019, págs. 129-157.

<sup>97</sup> La comunicación se podrá realizar de forma oral o por escrito, siendo esta última la recomendable en aras de la seguridad jurídica.

<sup>98</sup> A pesar de no existir la obligación para la trabajadora embarazada de comunicar su estado, sería recomendable que, a efectos de evitar situaciones de inseguridad jurídica, la trabajadora comunicase su situación a la empresa, preferiblemente de forma escrita. Así se deduce de una nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales, citándose al respecto las siguientes: STS (Sala IV), de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1013); STSJ (Sala de los Social) de Andalucía, de 23 de junio de 2009 (AS 2009, 2287); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 30 de octubre de 2007 (AS 2008, 487); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1449); STSJ (Sala de los Social) de Cataluña, de 9 de marzo de 2006 (AS 2006, 2429); STSJ (Sala de los Social) del País Vasco, de 21 de junio de 2005 (AS 2005, 2421) y STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 29 de junio de 2004 (AS 2004, 2402).

<sup>99</sup> Convenio colectivo Convenio Colectivo de Empresa de Madrid Teka Industrial, S.A. (Cód. 28012162012002, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 215, de 9 de septiembre de 2021).

innovador y poco habitual, disponiéndose que: “Las empleadas que se encuentren en período de gestación podrán hacer uso de una plaza de aparcamiento en el centro de trabajo a partir del quinto mes de embarazo”.

- Protección del empleo: art. 26 del *Convenio Colectivo de la empresa Parque Isla Mágica S.A.*<sup>100</sup>, que contempla una medida de protección del empleo de las trabajadoras embarazadas.

- Suspensión del contrato de trabajo: art. 44 del *Convenio Colectivo de la empresa Navarcable, S.L. de Peralta*<sup>101</sup>, que se prevé la suspensión del contrato de trabajo para dichas trabajadoras en estado de embarazo.

- Teletrabajo: art. 12 del *Convenio Colectivo de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón de Gipuzkoa*<sup>102</sup>, dispone que: “Teniendo en cuenta la vigencia del convenio, cabe destacar, que en materia de teletrabajo prevé el de las mujeres embarazadas durante los dos últimos meses de embarazo”.

- Prioridad de permanencia en supuestos de movilidad geográfica: art. 10 del *Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén*<sup>103</sup>, que establece: “En los supuestos en que pueda producirse la situación de algún tipo de movilidad geográfica se establece una prioridad en el puesto de trabajo en las siguientes situaciones: -Personal durante el periodo de lactancia; -Personal durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo (...)”.

Respecto a la protección de la trabajadora en *periodo de posparto*, se contempla en el art. 26.1 LPRL, en conexión con los arts. 48.4 ET y 133-*bis* LGSS. Dicha situación comprende desde el momento en que termina la suspensión obligatoria del contrato de trabajo por maternidad -desde las seis semanas de descanso obligatorio de la madre, que computa desde el parto- hasta el momento incierto de la incorporación de la mujer al trabajo -que puede durar hasta dieciséis<sup>104</sup> o dieciocho<sup>105</sup> semanas- al agotarse la prestación por maternidad.

---

<sup>100</sup> Convenio Colectivo de Empresa de Sevilla de Parque Isla Mágica, S.A. (Cód. 41003442011998, Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 40, de 18 de febrero de 2019).

<sup>101</sup> Convenio Colectivo de Empresa de Navarcable, S.L. de Peralta. (Cód. 31100341012016, Boletín Oficial de Navarra núm. 23, de 4 de febrero de 2020).

<sup>102</sup> Convenio Colectivo de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón de Guipúzcoa para los años 2022-2025. (Cód. 20000965011981, Boletín Oficial de Guipuzkoa núm. 159, de 22 de agosto de 2022).

<sup>103</sup> Convenio colectivo para el Sector del Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén. (Cód. 23000325011984, Boletín Oficial de la Provincia de Jaén núm. 232, de 1 de diciembre de 2022).

<sup>104</sup> En el caso que la trabajadora no reparta con el padre el período de suspensión.

<sup>105</sup> Supuesto de parto múltiple.

En otros supuestos, la trabajadora se incorporará a su puesto de trabajo después de las seis semanas de descanso obligatorio y antes de las dieciséis semanas de baja por maternidad<sup>106</sup>. En estos casos, el empresario debería tener en cuenta, desde el punto de vista preventivo, el estado aún de recuperación de la mujer trabajadora<sup>107</sup>.

A modo de ejemplo, el art. 34, 2º del *Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén*<sup>108</sup>, dispone a tal efecto que: “(...) Las trabajadoras embarazadas podrán solicitar excedencias de entre 3 meses y un año con reserva de su puesto de trabajo y reincorporación inmediata, pudiendo acogerse a una nueva excedencia por maternidad tras la baja maternal y vacaciones en su caso. La petición se formulará con un mínimo de quince días de antelación. El ingreso se notificará con un mes de antelación a la finalización de la excedencia y se producirá de forma automática”.

En definitiva, en el caso de posparto, la finalidad de la protección es garantizar la recuperación de la trabajadora para el trabajo y adecuar el mismo si existen riesgos específicos durante los primeros momentos de la actividad laboral. Aunque en algunos supuestos, la interrupción de la prestación laboral de la trabajadora pueda dilatarse ya que, junto a la citada baja por maternidad, se podrá agregar la suspensión del contrato por IT derivada de contingencias comunes<sup>109</sup>.

En referencia al establecimiento de los límites del *periodo de lactancia natural*, el art. 2.c de la Directiva 92/85/CEE, establece que “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”, lo que significa que serán las legislaciones de cada Estado miembro las encargadas de establecer los límites de dichos periodos<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Por ejemplo, en aquellos supuestos que la trabajadora no reúne las condiciones de acceso a la prestación por maternidad regulado en el art. 133-ter LGSS.

<sup>107</sup> Según nuestro análisis, se aprecia una situación de incertidumbre jurídica, al carecer de un concepto de parto reciente. Ni la norma comunitaria ni la nacional lo define. En definitiva, el empresario desconoce el momento a partir del cual debe prestar la protección preventiva a la trabajadora, aunque dicha circunstancia se conocerá por la solicitud de la correspondiente baja por maternidad.

<sup>108</sup> Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Jaén. (Cód. 23000425011983, Boletín Oficial de la Provincia de Jaén núm. 222, de 18 de noviembre de 2020).

<sup>109</sup> Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 68.

<sup>110</sup> Para un tratamiento en profundidad sobre este tema, puede consultarse en, BENAVENTE TORRES, M.I.: El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis positivo, *Op. cit.*, págs. 58-66.

En nuestro Ordenamiento jurídico, desde la perspectiva preventiva, se protege la lactancia natural<sup>111</sup>. Es una protección especial, regulada en los arts. 4 y 26.1 LPRL y 37.4 ET, en los que se establece que la madre trabajadora podrá disfrutar de esta protección hasta que el hijo cumpla los nueve meses. Su justificación jurídica se encuentra en el amamantado natural del recién nacido por parte de la madre trabajadora, siendo la leche materna una fuente común de transmisión de enfermedades, lo que supone un riesgo derivado de la exposición de la mujer trabajadora a determinados agentes o sustancias presentes en el ambiente laboral<sup>112</sup>.

De igual modo que en los otros supuestos analizados, la trabajadora no está obligada a informar a la empresa de la lactancia natural -derecho fundamental a la intimidad-, lo que supone que el empresario podrá conocer esta situación y, por tanto, adoptar las medidas protectoras y preventivas necesarias, en virtud de la solicitud por parte de la trabajadora del permiso por lactancia. Como es lógico, dicha protección por parte del empresario es obligatoria, independientemente de que la trabajadora haga uso o no de la licencia.

#### *E.2.4.4. Determinación del alcance de la acción protectora*

Como ya se ha anticipado, la tutela se extiende a la maternidad en sentido amplio, por tanto, existe una protección que abarca tanto a la trabajadora embarazada, como a aquella que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia natural<sup>113</sup>. Desde una perspectiva prevencionista, el análisis nos des-

---

<sup>111</sup> Como se ha puesto de manifiesto, por un amplio sector doctrinal, se trata de una protección que cuenta con una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico; véase entre otros: ALONSO LIGERO, M.D.: “Lactancia y guarda legal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dirs.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, Edersa, 1982., *passim*; DILLA CATALÁ, M.J.: “El derecho a la licencia retribuida por lactancia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989. pág. 212; ORTIZ LALLANA, C.: “Protección social comunitaria de la maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1991, págs. 385-389.

<sup>112</sup> Desde la perspectiva de la protección dispensada *ex art* 26.3 LPRL, el bien jurídico protegido es la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, el sujeto protegido desde la proyección del art. 37.4 ET, es el recién nacido, al concederse a los padres un tiempo de ausencia del trabajo para atender al recién nacido. Adviértase que en el supuesto hipotético de poder proteger incluso la “lactancia artificial”, que no contempla la ley, también se protegería al padre trabajador, ya que el bien jurídico tutelado no sería la salud del lactante por medio de la madre. Para profundizar sobre este tema puede consultarse en, LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, *op. cit.*, pág. 69.

<sup>113</sup> Coincidimos con la posición doctrinal que defiende una interpretación extensiva del art. 26 LPRL. Aunque, a priori, de la literalidad del precepto se desprende la protección de la “maternidad”; sin embargo, la protección jurídica contenida en el mismo supera la literalidad de la norma, extendiéndose también a la situación de parto reciente y lactancia natural. Por lo tanto, hay un deber de protección de la salud de la trabajadora, cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto y del recién nacido. Incluso este deber de protección se extiende a los riesgos laborales que puedan afectar a la función procreadora, como se desprende del art. 25.2 LPRL. Cfr. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, *Op. cit.*, pág. 65.

vela una protección especial de la maternidad en la que se excluye al trabajador varón. Sin duda, los aspectos relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo se refieren exclusivamente a las situaciones conectadas directamente al sexo femenino<sup>114</sup>.

Respecto a las ocupaciones o actividades que se protegen, hay que subrayar que la protección de la maternidad no se limita al trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino que también abarca la función pública. Su fundamentación jurídica en el plano internacional, se encuentra reflejado en los arts. 2, apdo. 1º y 2º y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y el art. 1, apdo. 1 y 2, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En ambos instrumentos jurídicos, se establece que la protección jurídica que se dispensa es aplicable a las trabajadoras de todos los ámbitos y ocupaciones, ya sean actividades públicas o privadas, siendo contrarias a la misma la exclusión de determinadas categorías como pueden ser las trabajadoras del sector público<sup>115</sup>, las trabajadoras vinculadas por un contrato atípico o la exclusión de determinadas actividades, aunque se realicen en circunstancias de excepcionalidad. En el plano nacional, el art 3.1 LPRL establece que las disposiciones contenidas en esta ley serán de aplicación también a la función pública<sup>116</sup>. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>117</sup>, contiene también una remisión a la legislación laboral, concretamente en el art.

---

<sup>114</sup> Desde nuestra posición, pensamos que se trata de una protección en razón al estado biológico, aunque se detecta un número muy significativo de autores que se han manifestado a favor de una protección en razón al género, de los que citamos a modo de ejemplo los siguientes: CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Maternidad y salud laboral”, *Salud y Trabajo*, núm. 113, 1996, págs. 5-13; CALVO GALLEGO, F.J. y JUNCO CACHERO, M.: “Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996, págs. 696-708; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M.T.: *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

<sup>115</sup> Sobre la extensión de la Directiva 92/85/CEE a la función pública, véase la STJUE de 17 de julio de 2012, BG, asunto F-54/11.

<sup>116</sup> Cfr. APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 80.

<sup>117</sup> RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31 octubre 2015.

51 que dice que “Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”.

Conviene precisar que, en España, la LPRL no será de aplicación en aquellas actividades<sup>118</sup> cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en las indicadas actividades (art. 3.2 LPRL).

Otra figura que quedaría bajo el amparo de la protección de la LPRL, sería la correspondiente a las trabajadoras de las cooperativas integradas en las categorías de “socios trabajadores”<sup>119</sup>. De conformidad con el art. 3.1 LPRL, pensamos que le sería de aplicación plena los contenidos del art. 26 LPRL. Sin embargo, desde el ámbito comunitario, conviene aclarar que la calificación del vínculo -concepto de trabajadora-, no correspondería a los ordenamientos internos, sino que es el Derecho comunitario que lo establece conforme a criterios objetivos de forma que sea común para todos los Estados miembros.

Diferente trato es el que se dispensa a las trabajadoras autónomas que quedan excluidas de la protección que se dispensa a las trabajadoras por cuenta ajena desde la doble perspectiva del Ordenamiento interno y del comunitario. De esta forma, ni la LPRL<sup>120</sup> ni la Directiva 92/85/CEE<sup>121</sup> incluyen a las traba-

<sup>118</sup> Dichas actividades son: seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil y Cuerpos policiales.

<sup>119</sup> Entiéndase también incluidos otros términos equivalentes como “socios de trabajo” y similares. Véase sobre este asunto véase en, GARCÍA SALAS, A.I.: “Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: ‘operaciones de ajuste’ en las figuras de empresario y trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, págs. 77-108; también en, PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, 2004, págs. 57-84; CARDONA RUPERT, M.B.: “Prevención de riesgos laborales en las cooperativas”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 499-510. También véase en, BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, *Op. cit.*, pág. 35.

<sup>120</sup> Adviértase que el art. 3.1 LPRL delimita el ámbito subjetivo de su regulación sobre el trabajador por cuenta ajena. No obstante, esta exclusión de los trabajadores autónomos de la LPRL, no se establece de forma total y plena, ya que el propio art 3.1 LPRL, añade: «sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos». Ahora bien, ¿a qué se refiere, cuando habla de derechos y obligaciones de los autónomos? Pensamos que, en este caso, se refiere a la posibilidad del autoaseguramiento del art. 15.5 LPRL y las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales reguladas en el art. 24, apdo. 1º y 2º, LPRL.

<sup>121</sup> Su protección se encuentra regulada en art. 8 de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

jadoras autónomas. Sin embargo, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo y la atención preventiva -aunque de forma parcial- de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. En este sentido, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo durante el embarazo en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras -DA 8a, § 3, de la Ley General de Seguridad Social- y por riesgo durante la lactancia natural en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH)<sup>122</sup>.

Además de recibir una atención especial -aunque de tipo parcial- de diversos aspectos preventivos sobre los riesgos derivados durante el embarazo y la lactancia natural en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Modificaciones importantes sobre esta materia, están previstas en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE<sup>123</sup>, en la que se incluyen en su ámbito de protección a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas. En este sentido, la nueva redacción del art. 2 es la siguiente:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a. trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b. trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; a efectos de la presente Directiva, se entenderá igualmente cualquier trabajadora que haya adoptado un niño;

c. trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

---

<sup>122</sup> BOE núm. 71, de 23 marzo 2007.

<sup>123</sup> Nótese que en la nueva redacción se incluyen a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas.

#### *E.2.4.5. Notas esenciales y singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural*

Si la protección de la salud es un derecho social fundamental de carácter primario reconocido a nivel mundial<sup>124</sup>, la evaluación de riesgos se erige como un instrumento indispensable para poder proteger de forma eficaz la salud de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo. En el art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención -en adelante, RSP-, se define la evaluación de los riesgos laborales, como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”. Ahora bien, debemos distinguir<sup>125</sup> en este proceso de protección de la maternidad en el desarrollo de la actividad laboral, la evaluación general, o inicial, respecto de otras sucesivas, o singulares. El empresario, a la hora de realizar las diferentes evaluaciones de riesgos, deberá tener en cuenta en la valoración, aquellos riesgos inherentes al puesto de trabajo que pueda ser ocupado por una mujer y que implique desarrollar actividades susceptibles de generar riesgos laborales que pongan en peligro la seguridad y salud de la madre, el feto o su hijo lactante.

En la *evaluación general de los riesgos*, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 y 26 LPRL, 4.1.b, 7.c y 37.3.g RSP y 4 de la Directiva 92/85/CEE, el empresario deberá identificar los factores de riesgos que debido a la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, recién nacido o lactante. También se procederá a determinar la naturaleza de dichos riesgos, así como la intensidad y duración de la exposición de la trabajadora a los mismos. Finalizadas estas actuaciones, se deberá proceder a establecer aquellas medidas preventivas procedentes que permitan eliminar o reducir al máximo dichos riesgos.

---

<sup>124</sup> Compartimos plenamente las tesis del profesor MONEREO PÉREZ, quien afirma que “(...) es innegable que la protección de la salud (...) constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona (...). De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención”, *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014, pág. 54.

<sup>125</sup> El fundamento jurídico de esta distinción y la necesidad de realizar una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo se encuentra en el arts. 16 LPRL y 4 RSP, en relación al art. 9.1 de la Directiva 89/391/CEE.

Respecto a la *evaluación específica o singular de riesgos*<sup>126</sup>, es preciso destacar que conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora -ver supra lo que se ha expuesto sobre la no obligatoriedad de la comunicación de estas situaciones por parte de la trabajadora al empresario-, éste deberá valorar los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual<sup>127</sup>; por lo tanto, habrá que tener en cuenta las circunstancias especiales que concurren en una trabajadora y que puedan incidir en los estados indicados.

Finalmente, se deberán adoptar las medidas preventivas<sup>128</sup> intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un riesgo para su salud o la del feto o lactante.

Ejemplo de estas medidas preventivas específicas se puede apreciar en el art. 78,1 del *Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as*<sup>129</sup>, disponiéndose a tal efecto que: “Si, tras la evaluación de los riesgos prevista en el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, los resultados revelasen riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo, la salud de la trabajadora con parto reciente o la lactancia de las trabajadoras embarazadas, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”

---

<sup>126</sup> En la STC 161/04, de 4 de octubre (RTC 2004, 161), se ha señalado el carácter obligatorio de la evaluación de riesgos singular y no es aceptable la adopción de cualquier tipo de medida por parte del empresario, sin contar con los resultados previos derivados de la evaluación de riesgos individual.

<sup>127</sup> Es decir, se deberá tener en cuenta la situación concreta de la trabajadora y sus antecedentes, como enfermedades o problemas surgidos en otros embarazos. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Op. cit., pág. 71.

<sup>128</sup> Sobre este asunto se ha pronunciado el TS insistiéndose al respecto sobre la necesidad de realizar una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos como requisito previo e indispensable para adoptar las medidas preventivas, y así se recoge en las siguientes referencias jurisprudenciales: STS (Sala IV), de 1º de octubre de 2012 (Rec. 2373, 2011); STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013) y STS (Sala IV), de 7 de abril de 2014 (Rec. 1724, 2013). En la práctica, la correcta evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o lactante se ha convertido en un requisito casi ineludible para el acceso a las respectivas prestaciones por riesgo. Sobre este asunto, véase en, BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Op. cit., p. 70.

<sup>129</sup> Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. (Cód. 99000305011990, BOE núm. 255, de 25 de septiembre de 2020).

Especial atención merece el análisis de los instrumentos de evaluación. La Directiva 92/85/CEE, ha diseñado dos guías para la evaluación de riesgos específicos respecto de la mujer embarazada, posparto o lactancia. También, se han elaborado dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva<sup>130</sup>.

En nuestro derecho interno se han llevado a cabo diversas actuaciones. Por una parte, se han introducido en el RSP los Anexos VII y VIII<sup>131</sup>, que contienen una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural. También, con el fin de aportar instrumentos de orientación y ayuda para llevar a cabo estas evaluaciones de riesgos, se han elaborado una serie de guías<sup>132</sup> y notas técnicas de prevención<sup>133</sup> por parte del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), en la actualidad denominado Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

#### *E.2.4.6. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural*

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada<sup>134</sup> ex art. 26.1 LPRL.

<sup>130</sup> Se detecta una mayor desprotección y falta de atención hacia la trabajadora en parto reciente.

<sup>131</sup> Dichas reformas se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Los títulos de los Anexos son *Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural* y *Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural*.

<sup>132</sup> Por ejemplo, la Guía sobre las *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo* y las *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la IT durante el embarazo*.

<sup>133</sup> Una relación no exhaustiva de buenas prácticas se incluye en las siguientes NTP: 413; 414; 542; 664; 740; 785; 914; 915; 992; 993; etc.

<sup>134</sup> Para profundizar sobre el estudio de las medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural, puede consultarse en, RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo”, en VV.AA., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral* (Tomo I), Murcia, Laborum, 2018, págs. 339-355.

### *A. Adaptación de las condiciones de trabajo*

Para aproximarnos al concepto de condiciones de trabajo<sup>135</sup> desde el punto de vista preventivo, deberemos acudir al apartado 7 del art. 4 LPRL. El citado precepto establece lo siguiente:

Se entenderá como “condición de trabajo” cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- a. Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
- b. La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
- c. Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.
- d. Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

En esta línea, el art. 54, 1 del *Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria*<sup>136</sup> dispone que: “La evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 16 de la LPRL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a este riesgo, mediante una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos”.

La finalidad de la adaptación de las condiciones de trabajo es eliminar o reducir los riesgos laborales para la trabajadora cuando estas condiciones influyan

<sup>135</sup> Adviértase que el concepto de condiciones de trabajo en el ámbito de la PRL es distinto a la noción de condiciones laborales propia del Derecho del Trabajo que se refiere al salario, horario, clasificación profesional, organización, etc.

<sup>136</sup> Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. (Cód. 99014585012004, BOE núm. 11, de 13 de enero de 2020).

negativamente en su estado de salud. Se trata de una medida necesaria que, en muchos casos, supone un cambio organizativo, pero sin ocasionar en la mayoría de los supuestos un gran coste para la empresa<sup>137</sup>. Una primera aproximación a las condiciones de trabajo estaría centrada en la necesidad de tener adaptados los locales de trabajo a las situaciones relacionadas con la maternidad. Hay que tener presente que, en determinadas ocasiones, las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia tienen la necesidad de realizar descansos tumbadas y en unas condiciones adecuadas especiales y diferentes al resto de trabajadores<sup>138</sup>. En esta misma línea, también la trabajadora lactante debería tener disponible una sala privada y limpia para amamantar o extraerse la leche, así como frigoríficos seguros y limpios para almacenarla, e instalaciones para esterilizar, lavar y almacenar los recipientes, sin olvidar el indispensable tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración<sup>139</sup>. Estas condiciones se recogen en la NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo.

En referencia a las medidas preventivas<sup>140</sup> sobre la reordenación del tiempo de trabajo<sup>141</sup> y descanso, la protección consistiría en establecer un ritmo de tra-

---

<sup>137</sup> Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, *Op. cit.*, pág. 76.

<sup>138</sup> Se trata de medidas de tipo ergonómico. Otras que podríamos añadir, dentro de la especialidad de seguridad y salud, sería la de proveer un fácil acceso a los sanitarios, que no siempre es posible en los lugares de trabajo. La regulación comunitaria sobre estos aspectos se encuentra en los arts. 12 y 17, Anexos I y II, de la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, que regula el lugar de trabajo y las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En la normativa española, en el apartado 3.4 del Anexo V, RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que establece que «las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas», recordad en este aspecto (nota 64) las reformas que se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

<sup>139</sup> Esta línea argumental es la que se recoge en la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 1775, 2014).

<sup>140</sup> En estos casos, las medidas recomendables serían, por ejemplo: evitar prolongaciones de la jornada ordinaria de trabajo, evitar también las horas extraordinarias, o la aplicación de bolsas de horas, o el régimen de puesta a disposición, así como otras medidas de flexibilización del tiempo de trabajo pactados en acuerdos individuales o colectivos. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, *op. cit.*, págs. 77 ss.

<sup>141</sup> Es conveniente destacar la interpretación que hace el Tribunal Supremo hace respecto al descanso para la extracción de leche materna en: STS (Sala IV), de 21 de junio de 2012 (Rec. 2361, 2011) y STS (Sala IV), de 24 de abril de 2012 (Rec. 818, 2011). Sostiene que la reducción de jornada por lactancia que contiene el art. 37.4 ET no puede confundirse con las medidas de adaptación del tiempo de trabajo del art. 26 LPRL, pues unas y otras obedecen a objetivos o finalidades diferentes: las medidas de protección de la trabajadora están relacionadas con la salud-arts. 26 LPRL, 135-bis y 135-ter LGSS-, y las pausas o reducción para la lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar *ex art.* 37.4 ET.

bajo distinto al ordinario y habitual. Debido al nuevo estado de la trabajadora, asumir el régimen de la jornada habitual podría provocar un accidente de trabajo -por generar una fatiga adicional- o bien, contraer una enfermedad profesional debido a una exposición a determinados agentes. En este sentido, el vigente *Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid*<sup>142</sup> en el art. 156,2 que bajo el título “Adaptación y movilidad para protección a la maternidad y paternidad”, dispone lo siguiente: “Al objeto de garantizar la protección efectiva de la madre y del feto durante el embarazo frente a las condiciones nocivas para su salud, la trabajadora gestante tendrá derecho a que la Administración de la Comunidad de Madrid adopte las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos a través de una adaptación de las condiciones de trabajo, *de la jornada o turno de la trabajadora afectada*, o, en su caso, un cambio temporal de puesto de trabajo o de funciones a desarrollar en el puesto que ésta ocupa”.

Otra medida de adaptación sería la relativa a la posibilidad de realizar ajustes en el horario de trabajo limitando la franja de horario de trabajo en régimen de nocturnidad o ajustando el horario de los turnos de trabajo<sup>143</sup>. Un ejemplo -aunque de forma indirecta- se puede apreciar en el art. 155.6 del *Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid*<sup>144</sup>, que establece lo siguiente: “Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos, deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes empleados públicos. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista y para el que sean profesionalmente aptos”. Es decir, aunque no se haga mención expresa a la trabajadora en situación de embarazo, puerperio o lactancia, entendemos que, dependiendo del resultado de la evaluación de riesgos, así se aplicará la medida.

---

<sup>142</sup> Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024). (Cód. 28004531011988, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 212, de 12 de mayo de 2021).

<sup>143</sup> Nos referimos evidentemente a situaciones exclusivas de adaptación horaria. No entrarían dentro de estos supuestos aquellas situaciones en las que se produce un cambio que implica el traslado de la trabajadora a un puesto diurno, de un puesto de trabajo nocturno, o a otro de horario ordinario, de un puesto de trabajo a turnos; en estos casos, no se trataría de una adaptación, sino de un cambio temporal del puesto de trabajo que trataremos en otro epígrafe.

<sup>144</sup> Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024). (Cód. 28004531011988, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 212, de 12 de mayo de 2021).

Una atención especial requiere el debate que se suscita en torno a la posible nocividad del trabajo nocturno. Es decir, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿la nocturnidad por sí sola supone un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia? Sin duda, la respuesta no es sencilla. Una mirada al Derecho Internacional y al de la Unión Europea, nos desvela que siempre ha existido por parte de estos Ordenamientos una inclinación clara hacia la consideración de nocividad que lleva aparejado el trabajo nocturno tanto para el embarazo como para la lactancia. Estas son las tesis que se reflejan en diversos instrumentos jurídicos emanados de la OIT<sup>145</sup> y de la UE<sup>146</sup>, aunque las consecuencias que se desprenden de sus textos jurídicos -la prohibición o no de estos trabajos- son distintas en cada caso. Concretamente, la Directiva 92/85/CEE, a diferencia de las Recomendaciones OIT R095 y R191, no prohíbe el trabajo nocturno por la embarazada o en periodo consecutivo al parto, sino que la formula en términos de derecho de la mujer<sup>147</sup>, pudiendo los Ordenamientos jurídicos internos exigir para ello un certificado médico que acredite la necesidad de que la trabajadora no deba realizar el trabajo nocturno. Adviértase que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.1 LPRL, no se exige el certificado médico que hace referencia la Directiva 92/85/CEE, sin embargo, parece remitirlo a la evaluación de riesgos<sup>148</sup>.

Otro aspecto importante a analizar, estaría focalizado en los efectos que pudieran tener los cambios en las condiciones de trabajo respecto a la disminución de las retribuciones de la trabajadora<sup>149</sup>. Es decir, la influencia de la medida

---

<sup>145</sup> Véase concretamente la Recomendación OIT R095, que en el V.1 dice textualmente: “El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidas a las mujeres embarazadas y lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar prohibidas de suerte que puedan disfrutar de periodos adecuados de descanso”. También la Recomendación OIT R191, en el VI.5, establece que “Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado”.

<sup>146</sup> *Vid.* Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

<sup>147</sup> Como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, el tratamiento que se hace del trabajo nocturno, pese a reconocer su carácter penoso -como se hace en las Recomendaciones OIT-, no se inclina definitivamente por la prohibición, ya que el TJCE en diferentes sentencias estableció como discriminatoria esta prohibición, contraria a la Directiva 76/207/CEE. STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C 345/89, *Stoekel*; STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C 158/91, *Levy*; STJCE de 3 de febrero de 1994, asunto C 13/93, *Minne*.

<sup>148</sup> Se aprecia una clara diferencia en el tratamiento que se hace en nuestra LPRL respecto a la Directiva 92/85/CEE. Por parte de nuestro Ordenamiento interno, las exigencias son más severas -es necesario que se desprenda de la evaluación de riesgos-, mientras que la Directiva requiere simplemente un certificado médico, es decir, se reconoce desde la propia norma el carácter penoso del trabajo nocturno.

<sup>149</sup> Podrían afectar a determinadas partidas o complementos salariales que están relacionados directamente con el resultado, el sistema de trabajo o el rendimiento.

preventiva en la disminución del salario o más concretamente en la pérdida de los complementos del mismo<sup>150</sup> (primas, complementos en función del volumen de trabajo, pluses en función del tiempo de trabajo, complementos de trabajar a turnos, por nocturnidad o disponibilidad horaria).

Respecto al límite jurídico que se establece sobre los ajustes en el trabajo ordinario de la trabajadora contenido en el art. 41 ET estaría situado en la imposibilidad de crear modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En cambio, el art. 26 LPRL despliega su protección sobre el mantenimiento del “status laboral” adquirido por la trabajadora. El empresario no puede aprovechar esta situación obtener ventajas económicas derivadas del cambio practicado en las condiciones de trabajo motivado por motivos de salud de la trabajadora. Es importante destacar en este sentido que el cambio practicado en las condiciones de trabajo debe respetar la dignidad de la trabajadora y habría que realizarlo solicitando previamente su consentimiento. Lógicamente, estos cambios previstos legalmente están orientados a garantizar a la trabajadora una actividad laboral segura y saludable.

### *B. Cambio temporal del puesto de trabajo*

Cuando no sea posible la adaptación del puesto, se procederá a la determinación de un puesto de trabajo compatible e idóneo<sup>151</sup>. Dicho proceso se realizará a la luz de la evaluación de riesgos que deberá analizar todos los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural<sup>152</sup>. De conformidad con lo estipulado en el art. 26.2 LPRL, se trata de una medida preventiva de carácter transitorio que se adopta en el caso de que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible; o bien, siendo estas medidas posibles, no aporten las suficientes garantías para evitar la repercusión negativa del trabajo en la salud de la trabajadora embarazada, el feto o lactante. Por su parte, el art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE, establece que, “Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede

---

<sup>150</sup> De la relación que se establece entre los contenidos del art. 26.2 LPRL y los del art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, se deduce la obligación de garantizar los derechos de las trabajadoras que se les ha realizado una adaptación en sus condiciones de trabajo por razones de maternidad y en especial el mantenimiento de sus retribuciones íntegras.

<sup>151</sup> *Ex* art. 26.2, apdo. 1, LPRL, el empresario elaborará una lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, previa consulta a los representantes de los trabajadores. Esta consulta no tiene carácter vinculante, es de colaboración e información sin estar vinculada a una posible corresponsabilidad o cogestión en la prevención de los riesgos laborales en la empresa.

<sup>152</sup> Para profundizar sobre este tema *Vid.* BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, *Op. cit.*, pág. 109.

razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada”. Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de protección de la salud de la trabajadora, el feto o lactante, requiere -de conformidad con lo establecido en el art. 26.2 LPRL- del correspondiente certificado médico de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Sin duda, la LPRL establece que el correspondiente certificado médico es el presupuesto para el nacimiento de la obligación empresarial<sup>153</sup>. Llegado a este punto, sería lógico preguntarse ¿cuáles son los límites de esta obligación empresarial? Responder a esta interrogante no es tarea fácil, ya que el simple examen de la legislación que regula esta materia no nos desvela una respuesta certera y precisa. Por este motivo, creemos que una revisión de la jurisprudencia nacional e internacional sobre este tema, nos podrá aproximar de forma más acertada a posibles soluciones que nos permitan resolver el problema planteado. Coincidimos con las tesis<sup>154</sup> que sostienen que hay que partir de la base de que “el escalafón de medidas tutelares está en función de la protección de la salud de la trabajadora y no del interés del empresario”, así se establece en nuestra jurisprudencia interna, concretamente en la STC (Sala I) n. 161/2004, de 4 de octubre, Rec. de amparo n. 4295/2001<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> En definitiva, se trata de acreditar por el facultativo que, las condiciones de trabajo desde el punto de vista médico, pueden repercutir de forma negativa en la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y por este motivo es necesario realizar un traslado a un puesto compatible con su estado y en el que se garantice que la protección de la salud. En este aspecto y, en relación al procedimiento de reconocimiento de esta situación, es conveniente tener presente la vinculación del art. 26 LPRL con los arts. 14, 39 y 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regula las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

<sup>154</sup> Sobre este tema *Vid.* BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, *Op. cit.*, págs. 110 ss.

<sup>155</sup> En esta sentencia, se otorga el amparo constitucional por haberse vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CE, a una trabajadora embarazada que trabajaba como segundo piloto profesional para una empresa de Líneas aéreas y que causó baja durante el embarazo, debido a una amenaza de aborto, dándose de alta un mes después. Posteriormente a la incorporación de la trabajadora, la empresa le comunica la suspensión del contrato sin una contraprestación salarial al ser reconocida como “no apta circunstancial” por el Centro Médico de la empresa. La empresa manifiesta la imposibilidad de ofrecer un puesto de trabajo diferente debido a la inexistencia de vacante. La trabajadora consideró que la suspensión del contrato sin la contraprestación salarial correspondiente fue un acto discriminatorio debido a su estado de embarazo. El TC expresa que de los hechos probados se deduce la posibilidad de la existencia de un puesto de trabajo en tierra, adecuado al estado de gestación de la trabajadora, a pesar de que en la notificación por la que se le suspendió el contrato, la empresa manifestó lo contrario. El juzgador constitucional entiende que la suspensión del contrato por parte de la empresa carece de justificación razonable y por lo tanto es una decisión discriminatoria, vulnerando de esta forma lo establecido en la CE. Por lo tanto, el TC se pronuncia a favor de otorgar el amparo a la trabajadora por haberse vulnerado el principio de igualdad reflejado en el art. 14 CE, declarando nulo el despido declarado en la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2000.

En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, *Gassmayr*, establece que “se procurará adoptar aquella medida, dentro de las posibles, que sea menos gravosa para la trabajadora”. Además, como se ha señalado por otra parte en la interesante STC (Sala I) n. 161/2004, citada *supra*, “El deber de adopción de tales medidas y en general el deber de protección recae sobre el empresario, sin que pueda éste desplazarse a la trabajadora ni, salvo previsión en contrario, al erario público, la exención de la movilidad funcional sólo será razonable desde la perspectiva de los límites de aquella en el art. 39.1 ET; en definitiva, las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación, y el respeto a la dignidad de la trabajadora”.

Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible, o una vez que se han adaptado, estas condiciones no garantizan que el trabajo no genere riesgos para maternidad o la lactancia, la empresa tendrá necesariamente que adscribir a la trabajadora a otro puesto de trabajo o a otra actividad laboral compatible con su estado de salud. Observándose en este caso -de conformidad con art. 26.2 LPRL-, que el puesto de trabajo debe corresponderse con otro de su mismo grupo profesional o, en ausencia de definición de sus categorías profesionales, a una categoría equivalente (movilidad interna)<sup>156</sup>.

Cuando no haya posibilidad de ejercer la movilidad interna sobre la trabajadora, es decir, no existe un puesto de trabajo o función compatible dentro de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, el empresario de conformidad con la regulación del art. 26.2 LPRL podrá cambiar a la trabajadora embarazada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría profesional de referencia (movilidad externa). La utilización en el art. 26.2 LPRL de la expresión “podrá”, significa que el margen de acción del empresario en el cambio de puesto, lo tendría que realizar siguiendo lo estipulado en el art. 39 ET en referencia a las reglas de la movilidad funcional<sup>157</sup>. Un ejemplo de dicha

---

<sup>156</sup> Conviene precisar que, en este caso, como se ha planteado acertadamente por algunos autores, hay que recurrir a una institución puramente laboral que permite la modificación del contrato en virtud del *ius variandi* del empleador ex art. 39 ET que, aplicado en materia preventiva, requiere de los oportunos ajustes en clave de salud laboral. En este sentido es preciso destacar que la aplicación de la movilidad laboral no se desarrollará en sus términos ordinarios. En el ámbito laboral, las causas motivadoras del cambio del puesto de trabajo están relacionadas con “causas técnicas organizativas” establecidas en el art 39 ET, mientras que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales del art. 26 LPRL el recurso a la movilidad funcional se realiza por motivos de protección de la salud de la trabajadora embarazada, del feto o lactante. *Vid.* LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral, Op. cit.*, pág. 80.

<sup>157</sup> El efecto jurídico de esta remisión está orientado a limitar la adscripción temporal a puestos de trabajo que resulten compatibles con la formación académica, desarrollo de la carrera profesional y a la dignidad de la trabajadora embarazada enunciados en los arts.26.2 LPRL, 39.1 y 3 ET. Los cambios del puesto o función que sobrepasen el ámbito de acción de la movilidad funcional tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulados en el art. 41 ET.

medida viene recogido en el art. 69, 2º del *Convenio Colectivo de Sector de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz*<sup>158</sup>, estableciéndose al respecto que: “Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios. Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto. En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”.

Hay que tener presente en los dos supuestos anteriores que, hacen referencia a la movilidad interna y externa, la modificación es de carácter temporal y tendrá eficacia hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora sea compatible<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Convenio Colectivo de Sector de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz. (Cód. 06000505011981, Diario Oficial de Extremadura núm. 99, de 25 de mayo de 2022).

<sup>159</sup> Especial atención merece el análisis de la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 3761). En dicha sentencia se reconoce el derecho de una trabajadora -técnica especialista en rama sanitaria con destino en el servicio de radiología en estado de gestación de siete semanas- al cambio de puesto aun cuando los niveles de radiación a los que está expuesta no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. El TSJ de Madrid, considera que con ello se trata de “evitar cualquier tipo de riesgo” que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto -de conformidad con el art. 26 LPRL-, por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en el que la trabajadora a embarazada deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en “grado mínimo”, debe procurarse dicho cambio, máxime cuando el organismo en cuestión no da una razón objetiva, fundada en necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora. Creemos muy acertada la tesis que apoyan esta interpretación de la resolución judicial referenciada supra, entendiendo que “la adaptación insuficiente del supuesto de hecho, en la que el riesgo muy grave se disminuye, pero persiste como potencialidad de peligro. Pero, en cualquier caso, esta posición también sugiere para los supuestos más dudosos un criterio adicional que completa o se integra en el art. 26 LPRL y que deriva del art. 15 CE como derecho fundamental, de manera que, al menos podría considerarse desproporcionada y contraria tales preceptos, una actitud empresarial obstruccionista y no suficientemente justificada de denegación de la solicitud de adaptación o de cambio de puesto de trabajo a otro más idóneo para la trabajadora en cuestión”; véase en, BENAVENTE TORRES, M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Op. cit., pág. 113.

con su puesto de trabajo, momento en el que se producirá la reincorporación a su puesto originario<sup>160</sup>.

Conviene aclarar que el cambio temporal a un puesto de trabajo compatible podrá instarse a petición de la trabajadora embarazada y siempre que su pretensión cuente con el correspondiente certificado del médico de la Seguridad Social. Sin embargo, en aquellos casos en los que no exista la petición mencionada por parte de la trabajadora, el empresario podrá adoptar la decisión de cambiarla de puesto de trabajo, como un supuesto de movilidad funcional forzosa pero siempre que se trate de situaciones en las que esté presente un riesgo grave e inminente<sup>161</sup>. No obstante, debemos aclarar que la empresa no puede recurrir directamente a la movilidad funcional alegando que la adaptación de las condiciones de trabajo que están previstas en el art. 26.1 LPRL es objetivamente inviable, ya que dicha adaptación siempre es posible y al menos deberá producirse el intento. Únicamente cuando dicha adaptación de condiciones resulte insuficiente a efectos de garantizar su salud, se podrá utilizar de forma subsidiaria.

### *C. Suspensión del contrato de trabajo*

Cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo ni la movilidad funcional temporal, operaría la suspensión del contrato de trabajo<sup>162</sup>.

Un ejemplo de la suspensión del contrato de trabajo viene recogido en el art. 78, 4º y 5º del *Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as*<sup>163</sup> donde se establece que: “Si dicho cambio de puesto de trabajo no resultase técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá suspenderse el contrato de trabajo en los términos previstos en el artículo 45.1 e) del Estatuto de los Trabajadores y con derecho a la prestación regulada en los artículos 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro

<sup>160</sup> Esta situación tendrá que ser evaluada periódicamente y puede extenderse a un momento previo al parto o hasta el mismo instante del dar a luz. También se extenderá a la situación de lactancia natural.

<sup>161</sup> Así se contempla en el art. 21 LPRL.

<sup>162</sup> Regulada fundamentalmente en los arts. 26, apartados 3 y 4, LPRL, 45.1.d y 48.5 ET, 134 y 135-ter LGSS, además de tener en cuenta los efectos de la baja con maternidad.

<sup>163</sup> Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. (Cód. 99000305011990, BOE núm. 255, de 25 de septiembre de 2020).

compatible con su estado. (...) En el supuesto de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la persona trabajadora percibirá la retribución fijada por la Ley y la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por nacimiento”.

Sin embargo, en otros supuestos se ha limitado a una simple remisión legal, sin entrar en la negociación a regular mejoras sobre los mínimos legales establecidos. Así, el art. 28 del *Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio*<sup>164</sup>, se dispone que: “La suspensión del contrato por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento ee registrá por lo previsto en la normativa vigente”.

La *finalidad* de esta medida está orientada a garantizar la salud de la trabajadora, del feto o lactante en la lactancia natural, evitando que la trabajadora esté en contacto con agentes o sustancias que puedan provocar daños directamente a su salud, al del feto o a la del lactante, o en su caso, indirectamente a través de la leche materna<sup>165</sup>.

También, el art. 78, *in fine* del mencionado *Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as*<sup>166</sup>, recoge esta medida en los siguientes términos: “Asimismo, en lo referente a la protección de la trabajadora embarazada habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la *exposición a agentes biológicos* durante el trabajo”.

<sup>164</sup> Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio. (Cód. 99001995011981, BOE núm. 19, de 10 de marzo de 2023).

<sup>165</sup> De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo que se deriva de las siguientes sentencias, STS (Sala IV), de 18 de marzo de 2011 (Rec. 1863, 2010); STS (Sala IV), de 23 de enero de 2012 (Rec. 1706, 2011) y STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013), “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el art. 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo”.

<sup>166</sup> Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. (Cód. 99000305011990, BOE núm. 255, de 25 de septiembre de 2020).

El *efecto* de la suspensión supone la interrupción de las obligaciones principales del contrato de trabajo, es decir, el pago del salario por parte de la empresa y la prestación de servicios por parte de la trabajadora, mientras la incompatibilidad de salud y trabajo persista. Ahora bien, de la redacción del art. 26 LPRL en sus apartados 3 y 4, el legislador ha optado por introducir en su redacción la expresión “podrá”<sup>167</sup>. No obstante, ello no debe interpretarse en el sentido que la suspensión del contrato de trabajo sea un recurso facultativo para el empresario, la empresa o incluso para la trabajadora que pudiera renunciar a la misma. Por lo tanto, a pesar de contener este precepto esta expresión que induce a entender una opción, según el sentido literal, una interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurren los presupuestos legales de referencia, es decir, que las medidas preventivas de adaptación y movilidad funcional sean imposibles de aplicar y exista a su vez, una situación objetiva de riesgo para la salud de la trabajadora, del feto o del lactante.

La suspensión se prolongará hasta la reincorporación de la trabajadora sea posible porque su estado de salud le permite la compatibilidad con el puesto de trabajo desempeñado, o bien, cuando se produzca el alumbramiento, en cuyo caso, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por maternidad biológica<sup>168</sup>.

Del mismo modo, remitirá la suspensión del riesgo en el caso de la *lactancia natural*, cuando el menor cumpla los nueve meses o en el momento mismo en el que la trabajadora finalice la lactancia natural a su hijo<sup>169</sup>. También conviene matizar que la suspensión por maternidad durará hasta dieciséis semanas -dieciocho en caso de parto múltiple-, siendo las seis primeras de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, la suspensión se mantendrá durante el periodo necesario para proteger la seguridad y salud, y hasta que persista la imposibilidad de reincorporación por parte de la trabajadora<sup>170</sup>; protegiéndose con el acceso a prestaciones económicas que suplen la carencia de renta durante estos periodos. La finalidad de esta protección consiste en mantener el mismo salario percibido durante la situación de trabajo activo, reconociéndose el derecho a percibir el cien por cien de la base

---

<sup>167</sup> En el apdo. 3º se expresa en la siguiente forma: “Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, *podrá* declararse”; y en el apdo. 4º *in fine* “Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural”.

<sup>168</sup> *Vid.* arts. 26.3 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

<sup>169</sup> *Vid.* arts. 26.1 y 4 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

<sup>170</sup> Esta imposibilidad de reincorporación se establece para el puesto de trabajo que ocupaba, pero también para cualquier otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

reguladora, tanto en la protección de riesgo durante el embarazo<sup>171</sup>, como en el riesgo durante la lactancia<sup>172</sup>. A colación de este último riesgo, la reciente STS de 19 de octubre de 2020<sup>173</sup> reconoce el derecho de una trabajadora a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia. Dicha trabajadora que, prestaba sus servicios con la categoría profesional de ATS en un servicio de emergencias sanitarias SAMU, dio a luz en parto múltiple a dos menores, proporcionándoles lactancia natural y disfrutando de la prestación correspondiente por maternidad. Se constata que la actora presenta una “mayor susceptibilidad a contraer infecciones en la mama, de hecho, en la fecha del juicio había sufrido tres procesos de mastitis”<sup>174</sup>. Por este motivo, solicitó al SPRL que realizara una evaluación sobre adaptación del puesto de trabajo para la protección durante la lactancia, emitiéndose un informe y destacándose del mismo la siguiente recomendación relativa a los turnos y organización del trabajo: “se debe proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo, para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de esta trabajadora que presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, habrá que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche”. Respecto al riesgo químico, señala que “se debe evitar la exposición durante la lactancia a agentes citostáticos”<sup>175</sup>. En relación a dicho informe, la dirección del SAMU dictó resolución en la que concluía que “no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora”. Ante esta situación, la trabajadora presentó solicitud de certificación médica sobre riesgo durante la lactancia natural frente a la Mutua, resolviendo dicha entidad en el sentido de denegar la expedición de certificación médica de riesgo, por lo que no cabía iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación. Desestimada por la Mutua la reclamación previa presentada por la trabajadora y recurrida por dicha entidad la sentencia del Juzgado de lo Social estimatoria de las pretensiones de la actora, acudiría la Mutua en suplicación al TSJ que falló a su favor argumentando que lo único que se podría deducir de los hechos es que en el puesto de trabajo de la trabajadora existe un riesgo “genérico” para cualquier trabajador, pero no un riesgo “específico” para la lactancia, que es la cuestión a dilucidar a los efectos de la prestación solicitada, y que “no ha sido demostrado”<sup>176</sup>. Presentado por la trabajadora el recurso de casación para la

---

<sup>171</sup> *Vid.* arts. 134 y 135 LGSS.

<sup>172</sup> *Vid.* arts. 135-*bis* y 135-*ter* LGSS.

<sup>173</sup> STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Rcud. 1887/2018).

<sup>174</sup> *Vid.* AH 1a de la STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Rcud. 1887/2018).

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> *Vid.* FD 2º, 4, de la STS (Sala IV) núm. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Rcud. 1887/2018).

unificación de doctrina, el TS resuelve el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda frente al INSS, la Consejería de Sanidad de la CCAA y la Mutua, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural. De la síntesis expuesta y pese a la inexistencia de cambios sustanciales en la materia, de la que pueda derivarse una doctrina jurisprudencial novedosa (a diferencia de lo que aconteció a raíz de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017), señalaremos aquellos aspectos que, según las argumentaciones jurídicas esgrimidas en los distintos pronunciamientos judiciales producidos durante el 2020, merezcan ser destacados a modo de reflexiones conclusivas.

- Primero, se consolida el criterio que establece que cuando el empleador no pueda adoptar las medidas primera y segunda previstas en los apartados 1 y 2 del art. 26 LPRL, se aplicará la tercera medida prevista en el art. 26.3 LPRL; es decir, la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora *ex art. 45.1.e ET* que se vincula con la *prestación económica de seguridad social de riesgo* durante la lactancia natural *ex art. 188 LGSS de 2015 (art. 135-bis LGSS de 1994)*, siendo aquel periodo de suspensión del contrato de trabajo precisamente la “situación protegida” por esta prestación y recogida en un gran porcentaje de los convenios colectivos examinados; siendo dicho porcentaje mayor en los convenios de ámbito sectorial.

- Segundo, se reafirma en la STS de 19 de octubre de 2020 el criterio de que *esta prestación no debería habersele denegado a la trabajadora*. Y ello porque el propio empleador declara la imposibilidad de adaptar/cambiar el puesto de la trabajadora o destinarla a otro puesto, pues de ello se derivaría como consecuencia que, si la trabajadora se mantenía en su puesto y no se suspendía su contrato de trabajo pasando a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural, la lactancia no se realizaría en las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo ni extremando las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche que requería el informe del SPRL. La imposibilidad de realizar la extracción adecuada de la leche en las condiciones adecuadas significa que, no suspenderse el contrato de trabajo de la trabajadora, *no se eliminan los riesgos para la lactancia natural*. Son pocos los convenios que contemplan esta circunstancia.

- Tercero, en relación a la *necesaria evaluación de riesgos específica*, se asevera lo anticipado en la STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (Rcud. 2343/2017, FD 2º, 4), no cabe siquiera afirmar que la evaluación de riesgos era genérica, pues describía con suficiencia aquellos que tenían especial y directo impacto sobre la situación de lactancia natural. Del elenco de convenios examinados, un número muy significativo -en mayor medida en los sectoriales- se hace eco de la especificidad de la evaluación, apartándose de la generalidad.

- Cuarto, respecto a las exigencias probatorias no se plantean en la STS de 19 de octubre de 2020<sup>177</sup>, toda vez que el empleador había declarado que no pueden realizarse las adaptaciones o cambios propuestos por el informe del SPRL. Se puede deducir del examen del elenco de convenios que se contempla la suspensión del contrato de la trabajadora como medida de flexibilidad.

- Quinto, tanto en relación con la exigencia de *riesgos específicos para la lactancia natural*, como en la *carga probatoria*, se aplicará la nueva doctrina jurisprudencial asentada en el FD 4º, 2, de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017). Son pocos los convenios que hacen referencia explícita a esta circunstancia.

- Sexto, finalmente debe advertirse que como se indicaba en el FD 3º, 2 de la STS (Pleno) 667/2018, 29 de junio de 2016 (Rcud. 1398/2016), el riesgo para la lactancia natural no solo se produce por la exposición a contaminantes transmisibles por la vía de la leche materna, sino que también debe garantizarse que se den las debidas condiciones que permitan la adecuada extracción y conservación de la leche materna. Al igual que en el apartado anterior, son pocos los convenios que reflejan esta garantía, regulándose de forma genérica o, simplemente, se limitar a realizar una remisión a lo dispuesto en el art. 26 LPRL.

---

<sup>177</sup> Sobre el problema probatorio en la adaptación del puesto de trabajo en los supuestos de lactancia natural véase el FD 4º de la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (Rcud. 762/2017).



## F. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO Y DOCTRINA JUDICIAL \*

### F.1. A MODO DE PREFACIO: SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS ACUERDOS ADOPTADOS COMO MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD

Todo Derecho ha de ser flexible —en el sentido de adaptable a los cambios en curso—, su rigidez sería contraria a la efectividad de sus formas institucionales. Funcionalidades que, sin duda, representan la estabilidad en el empleo y sus ventajas para el ciclo de vida del trabajador y para la productividad. La estabilidad como referente para las protecciones sociales y como elemento de productividad e integración del trabajador en la empresa. Pero también se le ha imputado la generación de disfuncionalidades. Señaladamente, la rigidez e inadaptación a las nuevas formas de organización empresarial y los modos de trabajar; que en ambos casos serían más flexibles y demandaría de un marco jurídico-institucional igualmente más flexible. Llegamos así al papel central que posee la negociación colectiva en referencia a medidas de flexibilidad a adoptar.

En la propia estructura de la negociación colectiva debemos de comenzar diferenciando entre acuerdos y convenios<sup>1</sup>. Los acuerdos están destinados a regular aspectos puntuales o cuestiones concretas en este ámbito sociolaboral. Dentro de este grupo se incluirían: a) Los acuerdos interprofesionales. b) Los acuerdos de empresa que pongan fin a periodos de consulta. c) Los acuerdos de

---

\* Apartado realizado por los profesores de la Universidad de Granada: José Luis MONEREO PÉREZ; María Nieves MORENO VIDA; Miguel Ángel ALMENDROS GONZÁLEZ; Belén del Mar LÓPEZ INSUA y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO.

<sup>1</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “Los periodos de consultas como instrumentos de regulación de medidas de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNANDEZ, J., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.(dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista*, Ortega Lozano, P.G. y Marín Alonso, I. (coords.), Granada, Comares, 2022, págs. 404 y sigs.

finalización de huelga. En cambio, los convenios están destinados a regular, de forma completa y exhaustiva, las relaciones laborales en una empresa, sector o para un colectivo específico de trabajadores. A su vez, estos convenios pueden ser: a) Estatutarios: esto es, que cumplen los requisitos subjetivos, procedimentales y formales del Título III del ET, siendo, por tanto, normas jurídicas dotadas de eficacia *erga omnes* (aplicables a todos los trabajadores y empresarios estén o no afiliados a las organizaciones firmantes). b) Extraestatutarios: que no cumplen alguno o algunos de estos requisitos, gozando, eso sí, de fuerza vinculante y que sólo se aplican, en principio, y salvo adhesiones, a aquellos trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales firmantes y que, además, presten servicios en empresas que hayan firmado o estén afiliadas a la asociación empresarial firmante.

La principal cuestión que debemos plantearnos para enfrentarnos a la figura negociadora de los acuerdos colectivos de empresa tiene que ver con la determinación de su régimen jurídico. En otros términos: primero, cuáles son las reglas a las que se han de someter las partes negociadoras de tales acuerdos y, segundo, de manera previa, qué partes son las legitimadas para negociar un acuerdo con eficacia<sup>2</sup>.

1) Acuerdos interprofesionales. Los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 y 83.3 ET son aquellos firmados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, y que están destinados a regular bien aspectos concretos o a regular la estructura de la negociación colectiva (es decir, niveles y materias que se negociarán en cada ámbito territorial y funcional). Acuerdos interprofesionales del art. 83.2 y 83.3 ET (donde las partes legitimadoras son las asociaciones empresariales y sindicales más representativas) que deben diferenciarse de los acuerdos de concertación firmados a tres bandas al incluir, estos últimos, a los poderes públicos. Estos acuerdos (los acuerdos de concertación), ya sean a nivel autonómico o a nivel estatal no tienen valor jurídico al ser un mero pacto político.

La ley invita a las partes a que, en uso de su autonomía normativa, regulen no solo el ámbito del convenio, sino su organización global. ¿Esto qué significa? Que las partes negociadoras acuerden la estructura de la negociación por medio

---

<sup>2</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2006, pág. 171; GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Los acuerdos colectivos de empresa. Análisis general”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, Colección DUO, núm. 1, Cizur Menor, Navarra, 2013, págs. 727 y sigs.

de lo que se denomina “*acuerdos interprofesionales*” o “*acuerdos marco*”. Lo que en la doctrina viene a denominarse como “*convenios sobre el ámbito de los convenios*”. Es el propio Estatuto de los Trabajadores el que viene a confirmar que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma (estos son los sujetos legitimados), podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley (artículo 83.2 ET). Y de acuerdo con el artículo 83.3 ET, dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Por tanto, atendiendo a su fin, los acuerdos interprofesionales van a poder ser de dos tipos: estructurales o sobre materias concretas. Veámoslos:

a) “Acuerdos interprofesionales o estructurales”. La ley ha permitido a los trabajadores y empresarios que, en uso de su autonomía colectiva, regulen no sólo el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, sino también que acuerden la estructura global de la negociación, es decir, su organización. Los acuerdos marco son los convenios sobre el ámbito de los convenios. Son convenios para convenir. Fijan el “marco” por donde tiene que ir la negociación de las condiciones de trabajo llevada a cabo a través de los convenios colectivos; pero no son convenios colectivos propiamente. Una de las consecuencias es que suponen un límite a la autonomía de las partes en la negociación: en efecto, la limitación de la autonomía colectiva puede verse cuando el acuerdo marco fija las materias que podrán negociarse en cada ámbito.

b) Los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas son también “convenios para convenir”, pero con contenido sustantivo; es decir, que pueden regular asimismo condiciones de trabajo aplicables a trabajadores y empresarios. De la interpretación literal del artículo 83.3 ET habría que deducir que “*materias concretas*” lo serán aquellas que no sean objeto de regulación convenida en un convenio colectivo normal; por tanto, materias que no se hayan negociado o que hayan sido excluidas de la negociación colectiva normal. Esta figura parece referirse a un tipo de “*convenio marco impropio*” cuyo contenido no sea procedimental o estructural, sino sustantivo y referido a una materia concreta.

Por otro lado, ¿qué dice la normativa internacional sobre dichos acuerdos o contratos colectivos? Concretamente la Recomendación número 91 de la OIT sobre los contratos colectivos, de fecha 1951, establece lo siguiente: “*a los*

*efectos de la presente Recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.*

Por tanto, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos colectivos? En cuanto a la naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos colectivos existen tesis contractualistas y normativistas. La calificación que mejor se ajusta es la de su naturaleza dual, siendo un contrato normativo, fuente del derecho y fuente de la obligación, un híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley como se ha dicho. Por tanto, respecto a la eficacia jurídica, tienen eficacia *erga omnes* (frente a todos), y, respecto a la eficacia normativa, está sometida a que los acuerdos marco se negocien según lo dispuesto en el Título III del ET que regula el régimen de la negociación colectiva. Igualmente, también pueden celebrarse acuerdos marco extraestatutarios, al margen de la regulación del ET, que carecen de la eficacia general de los acuerdos marco estatutarios.

2) Acuerdos de empresa que pongan fin a periodos de consulta. Los tribunales definen a los acuerdos de empresa de la siguiente manera: son “*un mecanismo negocial, de contenido material limitado o incluso monográfico, que si bien ha sido tipificado por el legislador, tiene un alto grado de informalidad y cuyo ámbito de actuación es la empresa o centro de trabajo*”<sup>3</sup>. Los acuerdos de empresa constituyen una manifestación del derecho a la negociación colectiva en la empresa. Carecen pues de la eficacia general del convenio colectivo estatutario y su naturaleza es la de un contrato, generador de obligaciones entre las partes que lo negocian. Nos encontraremos generalmente con distintos tipos de pactos:

a) Pactos que rigen “*en defecto de*” que su regulación se realice por convenio colectivo. La fijación de la clasificación profesional del artículo 22.1 ET; los ascensos del artículo 24.1 ET; el recibo de salario del artículo 29.1 ET; la distribución irregular de la jornada a lo largo del año del artículo 34.2 ET; la distribución diaria de la jornada diaria de trabajo del artículo 34.3 ET; la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones de plantilla del artículo 67.1 ET; todos estos preceptos recogen la siguiente coletilla: “*por negociación o por convenio colectivo, o en su defecto*”. Por tanto, acuerdos en defecto de convenio colectivo. En definitiva, estos acuerdos colectivos o acuerdos subsidiarios vienen a colmar los vacíos normativos que han de ser cubiertos por voluntad

<sup>3</sup> STSJ Navarra 13 de octubre de 2005 [AS 2005\3436].

del legislador, por el convenio colectivo o, en su defecto, por un concierto (es decir, por un acuerdo que se denomina acuerdo colectivo) entre empresario y representantes de los trabajadores. En la práctica no tienen demasiada relevancia práctica; siendo lo esencial que dichos acuerdos “*en defecto de*”, no contradigan el contenido del convenio colectivo.

b) Acuerdos de equiparación con la regulación del convenio colectivo. Existe un segundo grupo de acuerdos en los que la regulación mediante acuerdo de empresa se equipara con la regulación del convenio colectivo, de forma que se trata de materias que pueden regularse por cualquiera de los dos medios. Esto ocurre, por ejemplo, con las gratificaciones ordinarias cuando el artículo 31 ET establece lo siguiente: “*el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades*”.

c) Acuerdos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo (descuelgue de condiciones del convenio colectivo). Como tercer tipo de acuerdo tenemos que referirnos a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET. Los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Pero aquí debemos de diferenciar entre la modificación sustancial de una condición de trabajo reconocida a los trabajadores en el contrato de trabajo o en acuerdos colectivos; y la modificación sustancial de una condición de trabajo reconocida por convenio colectivo. Como indicamos, el procedimiento a seguir entre una u otra modificación es diferente. El artículo 41.2 ET establece que “*las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos*” (como puede observarse, en ningún momento se hace referencia a lo acordado en convenio colectivo). Sin embargo, establece el artículo 41.6 ET que “*la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3*”. ¿Cuál es, por tanto, la diferencia entre una modificación u otra? Que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo reconocida en contrato o acuerdo colectivo (las modificaciones del artículo 41 ET *stricto sensu*), se encuentra sometida a la decisión del empresario: es decir, si no se alcanza un acuerdo, la decisión del empresario

se notificará “*al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad*”. De lo contrario, en caso de no alcanzar un acuerdo en el procedimiento para la modificación de una condición sustancial de trabajo reconocida en convenio colectivo, las partes podrán someter la discrepancia, en primer lugar, a la “*comisión del convenio*” o a un “*arbitraje vinculante*”; o, en segundo lugar, someter “*la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*”. Por tanto, en este último caso, no depende en último lugar de la decisión del empresario.

Al hilo de lo anterior, de conformidad con el artículo 82.3 ET, se va a permitir que, mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, puedan inaplicarse en la empresa las condiciones establecidas en éstos, cuando se refieran a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, a las funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (cláusulas de descuelgue salarial). Por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, por tanto, va a admitirse la posibilidad de que, en virtud de un simple acuerdo empresa-trabajadores, se altere lo dispuesto en un convenio colectivo en vigor, con un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la del convenio colectivo cuya modificación se pretenda. En definitiva, para la modificación en la empresa de estas materias reguladas en convenio colectivo es absolutamente imprescindible que el empresario alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa. La inexistencia de acuerdo colectivo no puede ser suplida en ningún caso por la decisión unilateral del empresario una vez finalizado el periodo de consultas.

¿Y qué ocurre con las empresas en las que no existe “representación legal de los trabajadores” como establece el artículo 41.4 ET? Sin perjuicio de que en esta introducción nos refiramos brevemente a dicha cuestión (lo veremos detenidamente a continuación) en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección (hay, pues, dos opciones), a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente (esta es la primera opción) o (como segunda opción) a una comisión de igual número de componentes designados (tres miembros por tanto), según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el primer caso, el de la elección de una comisión de tres trabajadores, la solución adoptada parece muy lógica pues

serán los trabajadores quienes designen democráticamente a tres compañeros que los representen. En el segundo caso, son los sindicatos los que designarán la comisión de tres personas.

La pregunta que debemos hacernos, por tanto, es la siguiente: ¿qué sistema es más conveniente? ¿El de representación sindical o el de representación directa de los trabajadores? En principio, pueden parecer iguales, pero la realidad es que difieren en el plano desde el que se lleva a cabo la negociación y su desarrollo. Con la representación directa de los trabajadores, los propios trabajadores dispondrán de información directa de la situación verdadera de la empresa, sin intermediarios, lo que permite que exista una desconexión absoluta con el resto del sector, pero con un conocimiento directo de la realidad organizativa empresarial, así como de los problemas reales que puede estar atravesando la mercantil. Con los representantes designados por los sindicatos, al no tener que ser obligatoriamente trabajadores de la empresa, el distanciamiento con la realidad concreta de esa empresa puede ser mayor, aunque aquí habrá un conocimiento y una visión global y general del sector productivo. Por tanto, la elección por una u otra opción ni es mejor, ni es peor, simplemente la visión es diferente.

Por último, hacer mención al acuerdo colectivo adoptado. Como dice el propio Estatuto de los Trabajadores, el acuerdo que se haya adoptado debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no puede prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa, y debe ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral.

d) Acuerdos para los supuestos de traslados, modificaciones y despidos de índole masiva. En cuarto lugar, otro tipo de acuerdos son los previstos para los supuestos de traslados, modificaciones y despidos de índole masiva, a los que se refiere los artículos 40, 41 y 51 ET. Serían los llamados acuerdos de reorganización productiva. Es decir, en supuestos en los que la movilidad geográfica (artículo 40 ET), la modificación (artículo 41 ET) o el despido (despido colectivo) afecta al umbral de trabajadores que establecen dichos preceptos (a todo el centro de trabajo cuando ocupe a más de cinco trabajadores; o cuando sin afectar a la totalidad de la plantilla, en un periodo de 90 días (con la regla posterior/anterior del TJUE) afecta a 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; al 10% por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores; o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores). En estos casos se prevé que el empresario, antes de adoptar las medidas correspondientes, proceda a la apertura de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo. Al hilo de lo

anterior, establece el ET lo siguiente: “*durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores (en este caso, cuando no existen representantes de los trabajadores) siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados*”.

e) Acuerdos sobre solución de conflictos. A estos ya hemos hecho referencia: serían los acuerdos sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero no de las condiciones pactadas en convenio colectivo. En estos casos se seguiría el procedimiento del artículo 41.6 ET, y no el procedimiento del artículo 82.3 ET. Como decíamos, estos acuerdos tienen la misma eficacia que la atribuida a los convenios colectivos, siempre que las partes que concilien o acuerden tengan la representación mínima requerida para que el acuerdo vincule a la empresa y a los trabajadores afectados por el conflicto.

3) Los acuerdos de finalización de huelga. Lo mismo ocurre con los acuerdos que ponen fin a la huelga cuya eficacia es la misma que lo acordado en convenio colectivo; en estos casos, no son, sin embargo, los representantes de los trabajadores, sino el comité de huelga el facultado para lograr dicho acuerdo. Se refiere a ello el artículo 8 del RDLRT cuando viene a confirmar lo siguiente: “*desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo*”.

## F.2. SOBRE EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: REGLAS GENERALES DE CONFORMIDAD CON LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

A modo general, dentro de la impugnación de las medidas de flexibilidad interna es conveniente diferenciar la impugnación individual de la impugnación del proceso de conflicto colectivo. El capítulo V de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se refiere a la impugnación individual de medidas que tengan que ver con los motivos atinentes a las “*vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente*”. Capítulo

que, a su vez, queda dividido en varias secciones, siendo la que nos interesa la sección 4.º referida a la “*movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, trabajo a distancia, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*” y, concretamente, el artículo 138 LRJS. Por el otro lado, es el capítulo VII LRJS, artículo 154 y siguientes, el referido a la impugnación “del proceso de conflictos colectivos”, Debiéndose tener en cuenta la especialidad referida en el capítulo IV “*de la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción*”, y, concretamente, la sección 2.º del mismo respecto a los “*despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*”<sup>4</sup>.

La modalidad establecida en el artículo 138 LRJS es el cauce principal con el que acometer la impugnación individual de las medidas de flexibilidad interna empresarial adoptadas por el empresario<sup>5</sup>. En efecto, el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Esta afirmación implica que, efectivamente, la decisión empresarial es título ejecutivo –sin perjuicio de las posibles impugnaciones por el trabajador o trabajadores afectados–.

En lo que respecta al plazo de caducidad para la interposición de la acción, al igual que en muchos otros procedimientos de impugnación –como el del despido–, la demanda frente a la medida de flexibilidad interna individual deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes. A tal efecto debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 59.4 ET remitiéndose, a su vez, al apartado 3 del mismo precepto cuando indica que “*lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas*”. En efecto, de conformidad con el Estatuto de los

---

<sup>4</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La tutela jurisdiccional del Derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y M.N. MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, Colección DUO, núm. 1, Cizur Menor, Navarra, 2013, págs.1151 y sigs.

<sup>5</sup> GALLO LLANOS, R.: “La modalidad procesal de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna. El art. 138 de la LRJS. Aspectos críticos y soluciones jurisprudenciales tras tres años de aplicación de la ley 36/2001, de 10 de octubre”, en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015, versión digital.

Trabajadores, el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. Lógicamente, el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente (artículo 59.3 ET).

Ante las dudas interpretativas jurisprudenciales en referencia al plazo de caducidad estipulado para la medida de flexibilidad interna, el Tribunal Supremo ha confirmado que *“tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, el controvertido plazo de 20 días caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del art. 41 ET. Por consiguiente, resulta baladí cualquier argumentación sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, ya que, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, lo cierto es que la acción que se ejercitaba en la demanda había de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad”*<sup>6</sup>. En defensa de la fijación del plazo perentorio, el mismo constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello, *“de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción”*<sup>7</sup>.

Continuando con el proceso de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna, cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. También deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con su conformidad.

Por otro lado, el órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe que deberá emitirse por la Inspección de Trabajo deberá versar sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes.

---

<sup>6</sup> STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900].

<sup>7</sup> STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013, 5705].

Asimismo, cuestión fundamental, si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual (de conformidad con el artículo 160.3 LRJS). No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda (de no haberse recabado el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Por otro lado, la sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108.

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera de modo irregular, el trabajador podrá

solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la extinción del contrato por su propia voluntad.

Respecto a la impugnación colectiva de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos ante un proceso recogido en los artículos 153 y siguiente LRJS. En efecto, se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo tales como la movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos (de conformidad con el artículo 124 LRJS) y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos. También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos. Asimismo, se tramitará conforme a este proceso la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

Siendo los legitimados activos para promover procesos de conflictos colectivos los siguientes: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa. c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior. d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores. e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la

letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

### F.3. LAS COMISIONES NEGOCIADORAS: LA LEGITIMACIÓN DE LA MEDIDA DE FLEXIBILIDAD ADOPTADA POR EL EMPRESARIO

Cuando no se haya establecido el mecanismo específico por convenio colectivo (por tanto, en defecto de que en el convenio colectivo no se haya estipulado nada al respecto), la decisión del empresario debe ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. En efecto, el artículo de referencia y al que se remite la mayoría de los preceptos de la normativa laboral es el artículo 41.4 ET que establece lo siguiente: “*sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (los preceptos sobre otros conflictos colectivos también se remiten a este precepto para la legitimación de la negociación) deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento (por tanto, una única comisión negociadora, aunque existan varios centros de trabajo). La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes*”. Antes de entrar en materia, partimos de la siguiente regla general: la regla general es que, inicialmente, la legitimación la ostentará el comité de empresa (o conjunto de estos), o bien el delegado o delegados de personal (o conjunto de ellos). Asimismo, también cabe la legitimación para negociar por parte del comité intercentros, aunque este último comité se encuentra sometido a una doble condición a la que se refiere el artículo 63.3 ET: que el comité intercentros haya sido constituido por convenio colectivo y que le venga atribuida, también por convenio colectivo, la capacidad para negociar acuerdos colectivos de empresa.

*1) Legitimación de la negociación recaída en los representantes legales de los trabajadores.* Estos representantes deben de cumplir con todos los requisitos requeridos por el Estatuto de los Trabajadores como, por ejemplo, que su mandato esté en vigor. Aquí surgen muchas cuestiones prácticas a plantear y que han venido resolviéndose por sentencias. Una de las cuestiones a resolver sería la

siguiente: ¿es posible sustituir el periodo de consultas por contactos individuales? Localizamos sentencias que responden de manera negativa. La Audiencia Nacional entiende que, en este caso, las negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la dirección de la empresa constituye un fraude de ley, “*ya que dicha medida vacía de contenido el proceso negociador del período de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho período alcance ninguno de sus objetivos, ya que si la empresa extingue los contratos de los trabajadores afectados, ni es posible evitar, ni reducir los despidos colectivos, ni es posible tampoco atenuar sus consecuencias, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva*”<sup>8</sup>. Por tanto, durante el periodo de consultas, no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores, sin perjuicio del derecho de la empresa y de los trabajadores, una vez concluidos sin acuerdo el periodo de consultas, de alcanzar los pactos que estimen convenientes. No obstante, si la empresa vacía de contenido el periodo de consultas, restando cualquier fuerza a la negociación colectiva mediante la suscripción de negociaciones paralelas con los trabajadores afectados, la decisión colectiva se declarará en fraude de ley.

*II) La intervención de las secciones sindicales como interlocutores.* ¿Y pueden las secciones sindicales sustituir a los representantes legales o unitarios en la negociación? Para responder a dicha cuestión debemos remitirnos al artículo 41.4 ET cuando dispone lo siguiente: “*la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”. Por tanto, sí pueden, pero siempre que posean la representación mayoritaria. Dicha condición parece apostar por la prioridad de realizar la negociación del periodo de consultas con los representantes legales o unitarios de los trabajadores. En otros términos: si la negociación fuera llevada a cabo por las representaciones sindicales, éstas han de contar con que estén afiliados a ellas la mayoría de los representantes que compongan el comité de empresa o los delegados de personal. No obstante, es importante resaltar la jurisprudencia de la Audiencia Nacional respecto a las comisiones negociadoras: para la Audiencia Nacional “*debe realizarse una valoración flexible de las comisiones negociadoras que no se acomoden perfectamente a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, siempre que su composición se pacte voluntariamente por las partes, en acuerdo de mediación de eficacia general, aunque no normativa, y sus componentes aseguren un voto ponderado con arreglo a su*

---

<sup>8</sup> SAN 25 de julio de 2012 [AS 2012\1674].

*representatividad efectiva*<sup>9</sup>. Esta vía siempre va a estar íntimamente vinculada a la representación unitaria, ya que es ésta la que se constituye en el elemento de referencia para la medición de los índices de representatividad mínimos exigidos legalmente para la intervención como sujetos legitimados en la negociación de un acuerdo colectivo de empresa de los órganos sindicales de representación de los trabajadores de la empresa<sup>10</sup>.

Respecto a la legitimación de las secciones sindicales, debe traerse a colación una interesante sentencia de la Audiencia Nacional<sup>11</sup>, confirmada por el Tribunal Supremo<sup>12</sup>. Para la Audiencia Nacional son hechos probados los siguientes<sup>13</sup>: en las elecciones sindicales celebradas en la empresa se obtuvieron los resultados siguientes: UGT 25; CCOO 16; USO 13; 4 CSIF; 3 ATEs; 2 Alternativa Sindical; 2 CIGA; 1 SPV y 1 STSA. Hay una comisión negociadora formado por 7 representantes sindicales: 2 de UGT; 2 de CCOO; 2 de USO; 1 de CIG. Se firma un acuerdo por los 2 representantes de UGT; por 1 de los representantes de CCOO (no por los 2); por 1 de los representantes de USO (no por los 2); por el representante de CIG. En total: por 5 de los 7 representantes. Los demandantes UGT, CCOO, USO y CIG alegan que los delegados elegidos por ellos mismos no podían alcanzar el acuerdo por cuanto los únicos legitimados para hacerlo eran las federaciones, por lo que el acuerdo alcanzado debía de considerarse nulo.

Para la Audiencia Nacional, dicha tesis no puede compartirse por cuanto los miembros de la comisión negociadora, “*elegidos por las secciones sindicales de UGT y CIG y por las Federaciones de CCOO y USO*”, eran los únicos legitimados para suscribir el acuerdo, porque fueron elegidos precisamente para negociar con la empresa el período de consultas, sin que las federaciones, como tales, tengan poder de veto a sus decisiones puesto que las mismas no formaban parte de la comisión. Parece claro, por tanto, que, si se pacta una comisión híbrida, en la que hay miembros nombrados por secciones sindicales y por federaciones, es exigible dar la máxima seguridad a los interlocutores nombrados, porque su nombramiento se acomodó a la representatividad efectiva del sindicato en la empresa y no fuera de ella. Sin embargo, continua la Audiencia Nacional disponiendo lo siguiente: “*por lo demás, parece claro que, si se negocia con las secciones sindicales, cuya presencia en la comisión depende de su repre-*

<sup>9</sup> SAN 23 de abril de 2012 [AS 2012\2536] y SAN 16 de noviembre de 2012 [AS 2013\212].

<sup>10</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2006, pág. 195.

<sup>11</sup> SAN 16 de noviembre de 2012 [AS\2013\572].

<sup>12</sup> STS 14 de mayo de 2014 [RJ 2014\3863].

<sup>13</sup> SAN 16 de noviembre de 2012 [AS\2013\572].

representatividad concreta entre los representantes unitarios, el voto, sea cual fuere el número de miembros de la comisión, debe producirse en bloque, ya que no se puede trocear entre los representantes designados por la sección sindical la representatividad de la misma, por cuanto cada sección tendrá derecho a un voto ponderado a su representatividad entre los representantes unitarios, que es claramente global. No cabe, por tanto, que los delegados designados por la sección sindical voten de modo diferenciado en la comisión, porque no se les adjudica una parte de la representatividad de la sección de la que puedan disponer unilateralmente”. Consecuencia del anterior razonamiento jurídico, la Audiencia Nacional anula el acuerdo, aunque esté suscrito por la mayoría de los miembros de la comisión –cinco sobre siete– “porque no se ha acreditado que representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores, que es el presupuesto requerido por el art. 41.4 ET”. En efecto, la comisión negociadora quedó constituida por dos miembros de UGT, dos miembros de CCOO y dos miembros de USO y un miembro de CIG, lo que permite concluir que no se ajustó proporcionalmente a la representatividad efectiva de cada sindicato, ya que se adjudicó a UGT una representación inferior a la que realmente le correspondería con 25 delegados, mientras que se reconoció a USO una representatividad superior a sus 13 delegados, sin que los negociadores precisaran que porcentaje de votos correspondía a cada sindicato en función de su representatividad real, lo que, lógicamente, constituye una mala práctica por arrojar confusión sobre el valor representativo de los acuerdos. La negociación sindicalizada, en la que los representantes de cada sección sindical tienen un número de votos ajustado al número de representantes unitarios acreditados, no puede trocearse entre ellos puesto que su representatividad es global. Por consiguiente, aunque la Audiencia Nacional da “por válidos los votos de los representantes de UGT y CIG, quienes acreditan respectivamente 25 y 2 delegados respectivamente de los 67 delegados elegidos en la empresa, ya que fueron elegidos por sus respectivas secciones sindicales y votaron en bloque, no podemos dar validez al voto del delegado de CCOO y al de USO, puesto que no pueden disponer del voto que corresponde a cada uno de los sindicatos, lo cual comporta que el período de consultas solo fue suscrito válidamente por 27 delegados, que no constituyen mayoría frente a los 67 delegados elegidos en la empresa”<sup>14</sup>.

Sentencia que queda posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo de la siguiente manera: “no obstante, la sentencia anula el acuerdo pese a suscribirlo la mayoría, cinco de siete por no acreditar que representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. A esta conclusión accede la sentencia a la vista de la diferencia entre el número de delegados con que cuenta UGT, 25, y USO, 13, pero atribuyéndose el mismo número de representantes,

<sup>14</sup> SAN 16 de noviembre de 2012 [AS\2013\572].

*dos a cada uno por los restos y sin precisar que números de votos correspondía a cada sindicato atendiendo a su representatividad. Puntualiza por último que aun dando por válidos los votos de los representantes de UGT y CIG, no cabe dar por válidos los del delegado de CCOO y el de USO porque no pueden disponer del voto que corresponde a cada sindicato lo que reduce el voto favorable a veintisiete delegados, y así los únicos que suscribieron válidamente el acuerdo no son mayoría frente a los 67 delegados elegidos*<sup>15</sup>.

¿Y cuándo hay que acreditar dicha mayoría de los representantes? Requisitos de legitimación que se habrán de acreditar, tal como ha destacado la jurisprudencia<sup>16</sup>, en el momento en que se inician las negociaciones, sin que le puedan afectar a ello el que se den variaciones posteriores que puedan privar u otorgar legitimación para participar en el proceso de negociación. Asimismo, hay que señalar que el requisito de audiencia electoral en la empresa exigido a las representaciones sindicales se computarán en función de los resultados de las elecciones que se haya celebrado en su día para determinar la composición de los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, sin que situaciones posteriores que hicieren variar los mismos, como podría ser el cambio de afiliación de algún representante o las vacantes producidas y no cubiertas, puedan incidir en el cómputo del índice de representatividad<sup>17</sup>.

*III) Negociación que solo afecta a un único centro de trabajo.* Continuamos avanzando en las reglas de legitimación y ahora nos encontramos con la problemática de los centros de trabajo: si dicha negociación solo afecta a un centro de trabajo o si afecta a más de un centro de trabajo. Para otorgar respuesta a dicha problemática hay que estar a la continuación del artículo 41.4 ET que hace una clara distinción en ambos supuestos: “a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo

---

<sup>15</sup> STS 14 de mayo de 2014 [RJ 2014\3863].

<sup>16</sup> STS 9 de marzo de 1994 [RJ 1994\2218].

<sup>17</sup> STS 31 de octubre de 1995 [RJ 1995\7937] y STS 21 de octubre de 1997 [RJ 1997\9154]. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2006, pág. 197.

de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial". Por tanto, si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo deberá seguirse la estructura ya existente:

Primero. Comité de empresa o delegados de personal. En estos casos, la legitimación corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal.

Segundo. Comisión de tres miembros (trabajadores "normales" o designados por sindicatos más representativos). En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, los trabajadores pueden optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo y aquí hay dos posibilidades: i) "*A una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente*" (es decir, por los propios trabajadores). En este caso, son trabajadores normales por lo que no pueden ser considerados como representantes a efectos del régimen general del ET, por lo que no cuenta con el régimen atribuido a este tipo de representación: es decir, derechos de información y consulta (artículo 64 ET); capacidad y sigilo profesional (artículo 65 ET); ni de las garantías de apertura de expediente; prioridad de permanencia; etcétera (artículo 68 ET). Aquí se plantea un problema jurídico: una comisión *ad hoc* de trabajadores que no tienen legitimación para negociar un convenio, van a decidir la inaplicación de un convenio estatutario y la sustitución de parte de su contenido: en otros términos, se cuestiona y se despreja la fuerza vinculante del convenio colectivo estatutario. ii) "*O a una comisión de tres miembros designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación*". En este supuesto, continua el precepto disponiendo que el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

IV) *Negociación que afecta a más de un centro de trabajo*. Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores debe corresponder a la siguiente jerarquía:

Primero. Comité intercentro. En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación. Por tanto, la legitimación del comité intercentros dependerá

de un requisito fundamental: el que se le haya atribuido en el convenio colectivo que lo creó la competencia para negociar acuerdos colectivos en la empresa. No obstante, los tribunales vienen a defender aquí que el comité intercentro estará capacitado para negociar siempre que exista una previsión genérica respecto de tales funciones negociadoras<sup>18</sup>. Concretamente, para los tribunales, “*cuando el convenio colectivo no lo expresa claramente pero del mismo se puede intuir, la carga de la prueba de la no legitimación recae sobre el que la alega*”<sup>19</sup>. Pero lo importante es que la legitimación del comité intercentros depende, primero, de la voluntad de creación del mismo por las partes que negocien el convenio colectivo; y, segundo, de que no se le excluya la competencia de negociar acuerdos colectivos para la totalidad de la empresa.

Al hilo de lo anterior, se plantea una cuestión paralela: ¿podrán los representantes de los trabajadores de un único centro de trabajo negociar un convenio colectivo que termine afectado a los restantes centros de trabajo? Obviamente, de conformidad con la jurisprudencia, la respuesta es negativa. Al hilo de lo anterior, para la Audiencia Nacional, en un caso en el que la empresa demandada contaba con centros de trabajo en las Comunidades Autónomas de Madrid (8 trabajadores) y Valencia (9 trabajadores), tras la reunión de la delegada de personal de Valencia y del gerente (administrador único de la empresa), se procedió a la constitución de la mesa negociadora del convenio colectivo para la empresa, el cual, terminó suscribiéndose y publicándose en el BOE. El artículo 23 de este convenio venía a establecer que “*las normas de este Convenio Colectivo nacional serán de aplicación en todos los centros de trabajo que la empresa tiene en la actualidad y los que pueda establecer en el futuro en todo el territorio español*”. ¿Y cuál es el fallo de la sentencia? Establece la Audiencia Nacional que “*el ámbito negociado era el de un convenio de empresa estatal, que afectaba a los centros de trabajo ubicados en Valencia y Madrid y a los que puedan establecerse en el futuro en todo el territorio español, y que fue negociado por una sola trabajadora*”. Debe entenderse pues que se “*conculca la legalidad vigente en materia de capacidad y legitimación para negociar y en consecuencia no se ajusta a derecho la composición de la comisión negociadora, por lo que ha de decretarse la nulidad total del convenio colectivo de la empresa*”<sup>20</sup>.

Segundo. Comisión representativa. En segundo lugar, en caso de no existir comité intercentro estaremos ante una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

---

<sup>18</sup> STS 14 de octubre de 1993 [RJ 1993\7599], STS 14 de julio de 2000 [RJ 2000\9642] y STS 25 de julio de 2000 [RJ 2000\7644].

<sup>19</sup> STS 25 de julio de 2000 [RJ 2000\7644].

<sup>20</sup> SAN 24 de abril de 2013 [JUR 2013\160319].

1.<sup>a</sup>) Todos los centros de trabajo cuentan con representantes legales de los trabajadores. “*Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos*”. De conformidad con los tribunales, las representaciones unitarias de los trabajadores que estén constituidas en la empresa, actuando de manera conjunta, designarán una comisión negociadora que deberá representar de manera proporcional al índice de audiencia que cada candidatura haya obtenido en los resultados globales del proceso de elección de representantes unitarios en la empresa<sup>21</sup>. Con este índice de audiencia se garantiza la correlación en el proceso negociador de la representatividad y proporcionalidad de los sujetos intervinientes y la eficacia del acuerdo que se vaya a suscribir.

2.<sup>a</sup>) Algunos centros de trabajo sí cuentan con representantes legales de los trabajadores y otros centros de trabajo no. “*Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes*”. Continúa el artículo 41.4 ET refiriéndose a la excepción: “*y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen*”. Por tanto, si los trabajadores de los centros que no tienen representantes legales prefieren designar una comisión, se tendrá que constituir la misma por representantes legales y trabajadores “normales” o representantes de los sindicatos más representativos, siempre “en proporción al número de trabajadores que representen”.

¿Y si hay varios centros de trabajo y algunos sí deciden utilizar esta última posibilidad y otros no? También responde el artículo 41.4 ET a esta pregunta: “*en el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen*”. Este último supuesto también ha sido resuelto por los tribunales. Concretamente, la Audiencia Nacional resuelve un supuesto de una empresa que tenía 17 centros de trabajo, pero solo en dos de ellos había representación legal de los trabajadores (en el centro de Madrid y en el centro de Barcelona).

---

<sup>21</sup> STS 14 de octubre de 1993 [RJ 1993\7599]. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Los sujetos de los convenios colectivos: representantes unitarios y representantes sindicales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, págs. 192 y sigs.

En este supuesto, se solicitaba la nulidad del acuerdo adoptado pues el mismo se había negociado con los representantes de solo dos centros de trabajo, habiendo propuestas de despidos para otros centros de trabajo. Para la Audiencia Nacional como la negociación se realizó de modo global y los representantes de los trabajadores no cuestionaron su representatividad, el tribunal consideró válida dicha comisión: *“por consiguiente, acreditado que en la empresa demandada había representantes de los trabajadores en los centros de trabajo de Madrid y Barcelona, con quienes se constituyó pacíficamente la comisión negociadora del período de consultas, sin que dichos representantes, asesorados por CCOO y UGT, pusieran en cuestión su representatividad general en un proceso negociador global, que nunca se ordenó por centros de trabajo, consideramos que dicha comisión se ajustó completamente a derecho, puesto que se formó por los representantes legales de los trabajadores existentes, cumpliéndose escrupulosamente lo mandado por el art. 51.2ET, en relación con los arts. 3 y 4 RD 801/2011, de 10 de junio”*<sup>22</sup>.

3.ª) Ninguno de los centros de trabajo cuentan con representantes legales de los trabajadores. Finalmente, si estamos ante más de un centro de trabajo y ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa que se tiene que constituir estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

Recordemos lo que pasaba en el supuesto de que solo existiera un único centro de trabajo y no existiera representación legal de los trabajadores. En estos casos, los trabajadores podían optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por los propios trabajadores; o a una comisión de tres miembros designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa. Estas comisiones eran para los supuestos en los que existía un único centro de trabajo y no existía representación legal. Pero, en el supuesto de que sean varios centros de trabajo y tampoco cuenten con representantes legales de los trabajadores, tendrán que elegir la comisión representativa (de máximo tres miembros) por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados (es decir, o trabajadores “normales” de los propios centros o sindicatos más representativos). Siempre, en proporción al número de trabajadores que representen.

---

<sup>22</sup> SAN 21 de noviembre de 2012 [AS 2012\2409].

¿Y qué ocurre si no se da ninguna de las opciones? En otros términos: ¿no se llega a ningún acuerdo para la constitución de la comisión negociadora y deciden ir a votar todos los trabajadores? Para responder a tal supuesto debe tenerse en cuenta el artículo 47.1, párrafos 10 y 11 del ET: “*cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados*”.

Por tanto, ¿qué ocurre si esa mayoría se da directamente por los trabajadores que no se ponen de acuerdo para la selección de la comisión *ad hoc* y deciden votar en asamblea la modificación sustancial de la condición de trabajo? El Tribunal Superior de Justicia ha dado respuesta a tal cuestión. Sostiene la empresa recurrente que lo que exige la normativa para que exista acuerdo, cuando no existen representantes, es que una mayoría de la plantilla sea favorable al mismo, lo que en el caso enjuiciado así ha sucedido. La tesis defendida por la empresa, a juicio de esta Sala de duplicación es correcta: “*por de pronto, conviene anotar que fueron los propios trabajadores quienes en reunión celebrada al afecto decidieron no nombrar comisión para la negociación y comunicaron a la empresa su decisión de tratar el tema directamente con ella en asamblea. El periodo de consultas finalizó en fecha 20 de marzo de 2015 estando presentes en la reunión la mayoría de la plantilla (26 de los 43 trabajadores), de los cuales 23 votaron a favor del acuerdo, 2 votan en contra y uno se abstiene*”. “*Lo que se deduce de la normativa denunciada como infringida en el recurso es que si los trabajadores han decidido motu proprio, sin imponerlo la empresa, no nombrar a la comisión representativa, sino que la negociación se realice directamente con ellos reunidos en asamblea, basta con que una mayoría de la plantilla sea favorable al acuerdo, [...], pues 23 trabajadores (de 26 presentes) de una plantilla total de 43 votaron a favor, representando a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados (art. 80 ET). En el caso debatido, aún con mayores garantías democráticas que si se hubiera decidido nombrar a la comisión *ad hoc*, una práctica unanimidad de trabajadores se ha decantado por el acuerdo, y lo que no tiene ningún sentido es que el voto negativo de tan solo dos trabajadores, más la abstención de otro, por mucho respeto que haya de darse a la minoría, condicione a la inmensa mayoría de la plantilla que ha dado su voto favorable a la medida, presumiéndose que concurre la causa esgrimida por la empresa (si han llegado a un acuerdo ya solo puede impugnarse*

por fraude, coacción, abuso o dolo), y a la que no se tacha de fraudulenta de concurrencia de vicio de consentimiento alguno por los trabajadores”<sup>23</sup>.

¿Y qué ha dicho el Tribunal Supremo? Los hechos que fueron objeto de debate por el Tribunal Supremo fueron los que siguen: a) la empresa demandante tenía una plantilla de 17 trabajadores, sin representación unitaria o sindical; b) en la primera reunión –presentes todos los trabajadores– “*se les informa que pueden elegir una comisión ad hoc, lo que se rechaza por los trabajadores, quienes prefirieron negociar de modo conjunto, sin que la empresa les informara de las consecuencias de la falta de elección de representantes*”; c) al concluir sin acuerdo el periodo de consulta –8 trabajadores votaron a favor de la oferta empresarial y 9 en contra– la empresa notificó individualmente a cada uno de los trabajadores su decisión de proceder al despido de 13 de ellos. Razona en su sentencia el Tribunal Supremo que en las empresas sin representación legal –unitaria o sindical– de los trabajadores, éstos pueden elegir entre negociar ellos mismos o hacerlo vía representativa –también unitaria o sindical– en los términos que el precepto detalla. Aunque ciertamente el legislador refiere –para el primer supuesto– que la negociación ha de hacerse por una “*comisión de un máximo de tres miembros*”, el hecho de que hubiesen sido todos ellos –los 17 trabajadores de la empresa– los interlocutores en el periodo de consultas “*no comporta, contrariamente a lo que ha entendido la Audiencia, vicio de procedimiento que cause la nulidad de la decisión empresarial extintiva; y menos –como se razona– por el hecho de que la empresa no hubiese indicado a los trabajadores que la falta de designación [de la comisión] no impedirá la continuación del procedimiento*”. En efecto, parece evidente que la limitación numérica –tres miembros– que la ley dispone para la comisión “*ad hoc*”, tiene el objetivo de favorecer la fluidez en las negociaciones (contraria a una negociación un tanto masificada), a la par que muy posiblemente también persiguiese procurar una cierta equiparación entre las partes en el periodo de consultas, habida cuenta de que se trata de pequeñas empresas (por ello los trabajadores no tienen tan siquiera representación legal) y es muy presumible que la empleadora acuda a negociar con escaso personal de asesoramiento (si es que le acompaña alguno). Lo precedentemente razonado no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la comisión legal *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que “*las concretas circunstancias de caso (no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...), nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida*”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> STSJ Madrid 27 de mayo de 2016 [AS 2016\1507].

<sup>24</sup> STS 23 de marzo de 2015 [RJ 2015\1821].

V) *Conformidad, pero eficacia “condicionada”*: los denominados “acuerdos condicionados”. Otra problemática la encontramos en los acuerdos condicionados (lo que suele ocurrir en despidos colectivos)<sup>25</sup>. Es decir, cuando se llega a un acuerdo donde las partes expresan su conformidad de manera expresa, pero su eficacia queda condicionada al cumplimiento de validaciones posteriores, como puede ser la aprobación por otros órganos internos de la sociedad, de las secciones sindicales o los organismos unitarios de los trabajadores<sup>26</sup>, o, lo que es más frecuente, de la asamblea de trabajadores<sup>27</sup> o referéndums convocados entre toda la plantilla. Algún sector de la doctrina ha considerado que en estos supuestos nos hallamos ante un “preacuerdo”<sup>28</sup> o de una obligación condicionada (artículo 1114 CC), de tal forma que el pacto solo gozará de plena eficacia únicamente en el momento en que sea refrendado en forma. Por tanto, si el órgano interno o la asamblea de trabajadores desestima lo pactado por la comisión de representantes, el acuerdo no llega jamás a materializarse, al menos en los términos anteriores<sup>29</sup>. No obstante lo anterior, existen pronunciamientos judiciales en los que se confirma que, aunque el rechazo por la asamblea del preacuerdo conlleva inexistencia de pacto, nada impide una negociación posterior con los representantes legales de los trabajadores, en la que se suscriba ya, en forma directa, un nuevo acuerdo<sup>30</sup>.

VI) *Algunas reglas generales y problemas de interpretación jurisprudencial.*

Una vez que ya hemos determinado todas las reglas relativas a la formación de la comisión negociadora para ese período de consulta, localizamos una serie de cuestiones generales aplicables a todas las situaciones vistas. El artículo 41.4 ET continúa estableciendo que, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen. Asimismo, la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

<sup>25</sup> FALGUERÁ BARÓ, M. A.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Albacete, Bomarzo, 2015, pág. 134.

<sup>26</sup> SAN 11 de julio de 2013 [AS 2013\2637].

<sup>27</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coords.) et al: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, CCNCC, 2012.

<sup>28</sup> BLASCO PELLICER, Á.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

<sup>29</sup> STSJ Cataluña 6 de noviembre de 2011 [AS2002/886].

<sup>30</sup> STSJ Cataluña 29 de abril de 2002 [AS2002/1823].

Pero que la empresa deba comunicar el inicio del procedimiento no significa que sea la empresa la que decida la composición de la comisión. En este sentido, con la finalidad de asegurar que el periodo de consultas alcance su propósito, lo que parece difícil cuando la medida empresarial afecta a centros con y sin representantes de los trabajadores, el Tribunal Supremo ha admitido la constitución de comisiones híbridas, formadas por representantes legales de los trabajadores y comisiones *ad hoc* elegidas en cada centro de trabajo sin representantes legales, siempre que la composición de la comisión se haya pactado previamente entre las partes y los representantes dispongan de un voto ponderado al número de trabajadores que representan efectivamente, sustentando dicho razonamiento jurídico en la afirmación de que esta fórmula asegura que la interlocución social es representativa y sus acuerdos fiables y viene a garantizar, en todo caso, que los acuerdos, respaldados por la mayoría, se alcanzan democráticamente y con la eficacia necesaria<sup>31</sup>.

Para la Audiencia Nacional, en plena vinculación con lo comentado, dichas reglas no se respetan cuando, “*en el expediente de reducción de salario*”, la empresa excluyó injustificadamente a los representantes legales de los centros que los tenían e impuso “*una comisión ad hoc de cinco miembros, superando el límite legal de tres miembros, que no fue convenida con los representantes de los trabajadores y sus sindicatos, quienes se opusieron en todo momento a que se negociara con la comisión citada, que fue elegida sin control alguno, puesto que nadie probó de qué modo se produjo la elección, desconociéndose si se convocaron asambleas en todos los centros a la misma hora, con el mismo orden del día, así como el quórum de dichas asambleas, no teniéndose noticia sobre las garantías de voto libre y secreto de los convocados, ni tampoco sobre las garantías de igualdad de las candidaturas, si es que las hubo, ya que la empresa se desentendió, en todo momento, como admitió en interrogatorio de parte, de controlar el proceso, lo que nos permite concluir, que la elección no reúne los mínimos criterios de limpieza democrática*”, declarándose la nulidad de la medida adoptada por la empresa<sup>32</sup>.

¿Y qué ocurre en supuestos en los que la empresa les comunica la obligación de designar representantes, pero solo les informa de la opción relativa a la comisión *ad hoc* y no se refiere a la posibilidad de elegir para la comisión negociadora a los sindicatos más representativos o representativos del sector? También hay respuesta por parte de los tribunales. En este sentido, para la Audiencia Nacional: “*en el caso examinado, queda claro que el periodo de consultas se*

---

<sup>31</sup> STS 28 de septiembre de 2012 [RJ 2012\10687] y SAN 4 de octubre de 2012 [JUR 2013\34724]

<sup>32</sup> SAN 4 de octubre de 2012 [JUR 2013\34724].

*articuló con comisiones ad hoc en una de las modalidades previstas alternativamente por el legislador. Hubo presencia sindical, que podría haber asumido la representación si así lo hubiera decidido, por sí misma o impulsando a los trabajadores sin representantes a hacer valer su opción por una comisión de composición sindical. Hubo negociación efectiva, en la que los representantes sindicales, junto con el Comité Intercentros, lideraron los debates. Y no se alcanzó acuerdo, lo que apunta a que la eventual falta de costumbre negociadora de los representantes ad hoc no sirvió a los intereses de la empresa. En consecuencia, concluimos que la conducta de la empresa, aun siendo reprochable, no tuvo, en este caso concreto, la suficiente entidad como para desvirtuar el objetivo del período de consultas, por lo que no es posible fundamentar en ella la nulidad de la decisión extintiva”<sup>33</sup>. Aunque, en atención a la mala fe de la empresa, también existen sentencias en las que, con parecidos hechos que los anteriormente descritos, sin embargo, sí se declara la nulidad de la medida por la constitución de la comisión<sup>34</sup>.*

¿Y cuál es el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa? El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días (artículo 41.4 ET). Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores (artículo 41.4 ET). ¿Y qué pasa si no se consigue constituir la comisión representativa? La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración (artículo 41.4 ET). Lo cierto es que es la solución lógica tanto desde la perspectiva de los trabajadores como de los empresarios. Al final, esta solución trata de evitar situaciones de bloqueo que pudieran realizarse de manera involuntaria, pero también voluntaria.

¿Y qué ocurre si la duración del periodo de consultas es superior a los quince días que marca la ley? Para responder a tal cuestión, de nuevo, son los tribunales los que se han referido a ello. Es cierto que ninguna de las partes puede compeler a la otra a prolongar artificialmente la negociación, de lo contrario, si se admitiera dicha prolongación cuando las partes han agotado sus argumentaciones en el plazo establecido legalmente, se restaría toda eficacia a las medidas de flexibilidad interna, cuyo éxito vendrá determinado esencialmente

---

<sup>33</sup> SAN 28 de septiembre de 2012 [AS 2012\2515].

<sup>34</sup> SAN 19 de diciembre de 2012 [JUR 2013\85143].

por su despliegue actualizado frente a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción causantes de la medida. Por el contrario, cuando la negociación sigue abierta, impedir que llegue a buen puerto, cuando sea necesario un período más prolongado de negociación, quebraría por completo la finalidad esencial del período de consultas, que es alcanzar acuerdos, puesto que la eficacia de una medida de flexibilidad interna o externa, acordada con los representantes de los trabajadores, es incomparablemente mayor que la impuesta unilateralmente por la empresa (aunque sea posteriormente convalidada por la jurisdicción). En un supuesto en el que se superó el plazo antes citado, plazo considerado suficiente por el legislador para que las partes alcancen acuerdos, dicha prolongación del período de consultas “no quiebra, de ningún modo, las exigencias de buena fe, requeridas por el artículo 41.4 ET, siendo manifiestamente incierto, que CGT desconociera las razones de la prolongación, puesto que se explicitaron claramente en la reunión de 21-11-2012, así como en el propio preacuerdo, condicionado a su aprobación por la mayoría de los trabajadores de la empresa, siendo razonable, a nuestro juicio, que se firmara finalmente el 29-11-2012, aunque en el preacuerdo se convino que se haría el día 27, porque la redacción del acuerdo, cuya complejidad se deduce por su simple lectura, justifica sobradamente que se retrasara cuarenta y ocho horas”<sup>35</sup>. En definitiva, no existe norma alguna que avale la nulidad de la medida cuando se supera el período de consultas previstos por la ley.

Por último, referirnos a dos precisiones<sup>36</sup>: 1) El hecho de que los acuerdos de empresa no puedan ser aprobados por los trabajadores de manera individual, no significa que mediante la autonomía individual (entre trabajador y empresario) pueda alcanzarse resultados similares a los que se obtiene a través de los acuerdos de empresa. 2) En defecto de regulación del periodo de consultas del artículo 41.4 ET, la mayoría de la doctrina, y también parte de la jurisprudencia, considera conveniente proceder a la extensión analógica de la regla de reconocimiento como interlocutores prevenida en el artículo 87 ET.

#### F.4. CUESTIONES JUDICIALES RESPECTO A LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TENDENTE A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD

En cualquier tipo de medida de flexibilidad interna, lógicamente, es fundamental el papel que la negociación colectiva tendrá que desarrollar con la que

---

<sup>35</sup> SAN 13 de marzo de 2013 [JUR 2013\95075].

<sup>36</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: “Parte cuarta. Los acuerdos de empresa”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (coords.) *et al*: *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, Valencia, Wolters Kluwer, 2007, pág. 331 y pág. 333.

se permitirá, creemos, una mejor adaptación de medidas internas y externas de flexibilidad, con especial referencia a la buena fe negocial<sup>37</sup>.

Podemos considerar a la buena fe como sinónimo de honradez, probidad o lealtad que una persona pone en sus actos<sup>38</sup>. Es una cualidad o conjunto de cualidades inherentes a una persona en su trato social de la que deriva sensación de seguridad y confianza. En el aspecto jurídico, su aparición en la vieja Roma es paralela a la del *ius gentium* cuando aparecen situaciones que no integran el marco del *ius strictum* y que obliga al pretor a dejar en manos del juez la resolución del caso, lo que convierte a la *fides* en un mecanismo jurídico corrector de posibles desigualdades entre las partes de la relación contractual; pero la interpretación romanista de la buena fe en relación al ET nos permite deducir que la *fides* ha quedado reducida a lo puramente contractual, de acuerdo con el Código Civil que a su vez desemboca en los artículos 5 y 20 ET<sup>39</sup>.

La buena fe viene a responder a un principio fundamental que comprende y se desarrolla en todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás que no es otro que el de la *bona fides* que entroncado con el *honeste vivere* del derecho clásico, se concreta en la exigencia de un obrar acorde con las reglas naturales y comúnmente recibidas de la honestidad y de la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes<sup>40</sup>, principio general de necesaria observancia que preside la contratación al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico acorde con la ley.

---

<sup>37</sup> Vid. ORTEGA LOZANO, P. G.: “Cuestiones problemáticas vinculadas a la negociación colectiva”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Murcia, Laborum, 2022, págs 385-426. ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2019. ORTEGA LOZANO, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020. ORTEGA LOZANO, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi*, Milano, CEDAM, 2021. ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (dirs.): *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, *passim*.

<sup>38</sup> STSJ Comunidad Valenciana 17 de octubre de 2017 [JUR 2017\303330]. Vid. MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, *passim*.

<sup>39</sup> Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984, págs 136 y 137.

<sup>40</sup> STSJ Madrid 10 de julio de 2017 [AS 2017\1871], STSJ Madrid 19 de enero de 2017 [JUR 2017\63883], STSJ Madrid 10 de abril de 2015 [AS 2015\1281] y STS 11 de noviembre de 1981 [RJ 1981\4409].

Buena fe que se conecta directamente con la significación fundamental que en la relación de trabajo alcanzan tales normas como expresión de probidad en el cumplimiento del servicio encomendado, que debe desempeñarse con todo celo y pulcritud en aras del buen orden laboral y de los intereses de las partes.

En sentido objetivo la buena fe es considerada como un estándar jurídico consistente “*en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exige*”<sup>41</sup>. Pero este modelo no ha impedido delimitar la buena fe dentro del ámbito de los principios generales del derecho, convirtiéndose en principio fundamental del ordenamiento jurídico que informa la interpretación de sus normas y representa un determinante instrumento de integración. En suma, el principio de buena fe completa el contenido del negocio más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso más allá de lo que puede disponer la norma que regula el negocio<sup>42</sup>.

La buena fe constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o, más extensamente, un principio general de derecho que impone un comportamiento comedido a valoraciones éticas que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza<sup>43</sup>. Además, se caracteriza por la rectitud y honestidad de la ejecución del contenido de las prestaciones que se han asumido en el contrato<sup>44</sup> —por todos los intervinientes—<sup>45</sup>, así como en la efectiva voluntad de reciprocidad en la confianza y seguridad ajena que a su vez es excluyente de engaño y de toda finalidad de transformar el equilibrio de la relación contractual<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> STS 11 de mayo de 1988 [RJ 1988\4053].

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTAÑA MELGAR, A., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (coords.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel ALONSO OLEA*, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Madrid, 1990, pág. 554.

<sup>43</sup> STS 4 de marzo de 1991 [RJ 1991\1822].

<sup>44</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Dapp, Pamplona, 2010, pág. 137.

<sup>45</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (coords.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010, pág. 257.

<sup>46</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (dirs.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 927.

Concretando más, la buena fe ha sido vista como un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. Su existencia ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad<sup>47</sup>. Por ello, a la hora de decidir sobre su contenido, ha de partirse de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución, alcanzadas por la sociedad en un determinado momento de su desarrollo cultural. En consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe, no podrá estar en desacuerdo con mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otro texto normativo, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales<sup>48</sup>. Partiendo de la exigencia mutua y recíproca de la buena fe, no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales que “*aparece contradicho por la propia existencia de conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional*”<sup>49</sup>.

La regla de que, durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe<sup>50</sup>, con vistas a la consecución de un acuerdo, queda transcrito en los artículos 40.2 ET, 41.4 ET y 51.2 ET. Con la buena fe se pretende evitar que el periodo de consultas se convierta en una simple formalidad a cumplir a la que se acuda como requisito o *conditio sine qua non* previo a la adopción de la medida por parte del empresario sin voluntad real de negociar<sup>51</sup>. En consecuencia, el periodo de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. Y, en modo alguno, constituye un

<sup>47</sup> STSJ Galicia 10 de julio de 2017 [JUR 2017\203973].

<sup>48</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003\192].

<sup>49</sup> STC 120/1983, de 15 de diciembre [RTC 1983\120].

<sup>50</sup> Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inmovilidad de las posiciones empresariales durante el periodo de consultas”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2012, págs 3 y ss. ARAFE VALERA, A.: “Preaviso, negociación de buena fe e indemnización en caso de cierre del negocio en los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del derecho español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 6, 2014, págs 77 y ss.

<sup>51</sup> GUINDO MORALES, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021. GUINDO MORALES, S.: “La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ETOP– tras la irrupción del coronavirus: los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTES–”, en AA.VV.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020, págs 103-127.

mero requisito de forma para proceder a la realización de los despidos colectivos, por lo que no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite; se requiere de algo más: se precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido. Se pretende lograr así lo que constituye el objetivo principal de la Directiva: que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores<sup>52</sup>.

Se trata de saber, en definitiva, si el hecho de que el empresario rechace a lo largo del periodo de consultas cualquier alternativa de actuación diferente a las suscitadas en el momento inicial del periodo implica que incumple su obligación de buena fe negocial<sup>53</sup>. ¿Y qué dicen los tribunales al respecto? Existen pronunciamientos judiciales a favor y en contra de ambos supuestos:

- La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe por lo que habrá de acreditarse propuestas y contrapropuestas<sup>54</sup>.
- Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> STJUE 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15 [TJCE 2016\507] y STS 21 de mayo de 2014 [RJ 2014\4357].

<sup>53</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derechos a la información y a la consulta (artículo 21)”, en MONEIRO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs 773 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29)”, en MONEIRO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs 905 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 27. Derecho de la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEIRO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, págs 597 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales a los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 120, 2013, págs 439 y ss. GUINDO MORALES, S.: Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales, Granada, Comares, 2020, págs 15 y ss. GUINDO MORALES, S.: Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas, Murcia, Laborum, 2020, pág. 20.

<sup>54</sup> STS 30 de junio de 2011 [RJ 2011\6097].

<sup>55</sup> STSJ Madrid 30 de mayo de 2012 [AS 2012\1672], confirmada por STS 20 de marzo de 2013 [RJ 2013\2883].

- La negociación se produce efectivamente si se acreditan propuestas y contrapropuestas, lo que sucederá normalmente cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas<sup>56</sup>.
- Quebra la buena fe cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el periodo de consultas<sup>57</sup>.
- No vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa cuando no forma parte del mismo grupo de empresas<sup>58</sup>.
- No existe buena fe cuando no se aporta o se oculta documentación requerida durante el periodo de consultas<sup>59</sup>.
- Del hecho de no aportar la información solicitada por la representación de los trabajadores acerca de las horas ordinarias y extraordinarias, no puede derivarse la mala fe negocial que se solicita, primero, porque la empresa explicó su negativa señalando la imposibilidad de ofrecer esa información por carecer de la herramienta ofimática necesaria; segundo, porque tal información no es exigida, ni por el Estatuto de los Trabajadores, ni por el reglamento de despidos colectivos<sup>60</sup>.
- Existe mala fe cuando el proceso negociador estuvo en todo momento presidido por el quebrantamiento de los más elementales comportamientos de buena fe por parte de la empresa a lo que se añade la nula voluntad negociadora, el total rechazo a las propuestas formuladas por la representación social que se avino a negociar un ERTE para paliar un eventual descenso de actividad y las respuestas evasivas dadas a la hora de fijar las compensaciones de la comisión representativa<sup>61</sup>.

De este modo, la inamovilidad de las posiciones empresariales implicará vulneración del deber de buena fe cuando venga cualificada, normalmente, por un mayor número de indicios. Aunque, en ocasiones, será preciso algo más. Verbigracia<sup>62</sup>: por la inexistencia de toda explicación empresarial respecto del rechazo de las propuestas de los trabajadores; o por la firmeza en una oferta manifiestamente irrazonable por contener, por ejemplo, extremos ilegales.

---

<sup>56</sup> SAN 21 de noviembre de 2012 [AS 2012\2409].

<sup>57</sup> SAN 15 de octubre de 2012 [AS 2013\2].

<sup>58</sup> STSJ Cataluña 15 de octubre de 2012 [AS 2012\3007].

<sup>59</sup> STS 12 de julio de 2017 [RJ 2017\3467].

<sup>60</sup> STS 25 de septiembre de 2018 [RJ 2018\4275].

<sup>61</sup> SAN 17 de abril de 2020 [AS 2020\2031].

<sup>62</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en AA. VV., *Los periodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, pág. 113.

Más detenidamente, existe mala fe cuando la patronal está “*encaminada a cerrar las bases aéreas de las Islas Canarias y a convertir la base que explota en el Aeropuerto de Girona en una base de temporada o estacional al menor coste posible*”<sup>63</sup>. Y ello puede deducirse de las siguientes acciones: 1) Por realizar al colectivo de pilotos (al día siguiente de comunica la intención del cierre de las bases) una oferta de permisos sin sueldo por un año, traslados y recolocaciones en empresas del grupo. Tal oferta, lejos de suponer un acto de transparencia empresarial, suponen ya de inicio vaciar de contenido el ulterior periodo de consultas, cuyo inicio fue de forma deliberada retrasado por la empresa, sustrayendo parcialmente parte de su contenido esencial cual es la adopción de medidas tendentes a paliar las consecuencias del mismo. Así pues, considera el tribunal que, contrariamente a la previsión legal y con evidente intención de vaciar de contenido el periodo de consultas, la empresa de forma unilateral ha decidido negociar medidas que implican movilidad geográfica (traslados), recolocaciones en empresas del grupo y suspensiones del contrato de trabajo de forma directa con parte de los trabajadores afectados, como forma para eludir las mejores condiciones que pudieran haber obtenido de manera colectiva, con el consiguiente asesoramiento sindical, lo cual vicia de nulidad la totalidad del procedimiento de despido colectivo<sup>64</sup>. En efecto, la negociación directa con los trabajadores afectados de medidas encaminadas a evitar o paliar las consecuencias de un despido colectivo, por aplicación de la doctrina de las negociaciones individuales en masa, quiebran el deber de negociación que impone el artículo 51.2 ET y vician de nulidad el despido colectivo en su totalidad. En suma, la “*empresa acudió al periodo de consultas con una decisión predeterminada e irrevocable, y que en ningún momento tuvo intención de abordar una negociación en los términos del artículo 51.2 ET*”<sup>65</sup>.

Sirven de pautas para analizar la negociación de la buena fe<sup>66</sup>: la existencia de verdaderas propuestas y contrapropuestas; el acercamiento de posiciones; en el supuesto de que la decisión empresarial sea inmodificable por cualquier motivo debe de razonarse el motivo y negociar los extremos que se puedan (plazos, medidas paliativas, etcétera); no puede invocarse en sede judicial la quiebra de la buena fe cuando quién la denuncia podría haberla señalado en un momento

---

<sup>63</sup> SAN 17 de abril de 2020 [AS 2020\2031].

<sup>64</sup> SAN 17 de abril de 2020 [AS 2020\2031], SAN 7 de mayo de 2018 [AS 2018\2001] y STS 29 de diciembre de 2019 [RJ 2019\1610].

<sup>65</sup> STCo. 238/2005, de 26 de septiembre [RTC 2005\238], STCo. 105/1992, de 1 de julio [RTC 1992\105], STCo. 208/1993, de 28 de junio [RTC 1993\208], STCo. 107/2000, de 5 de mayo [RTC 2000\107] y STCo. 225/2001, de 26 de noviembre [RTC 2001\225].

<sup>66</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014, págs 225 y ss. (recurso electrónico).

anterior y subsanado en periodo de consultas; se puede rechazar una solicitud de prórroga en el periodo de consultas con la condición de que tal rechazo sea justificativo; existe mala fe cuando la medida se comunica a los trabajadores antes de concluir el periodo de consultas; existe vulneración de la buena fe por parte de la empresa cuando se reduce el número de trabajadores afectados por la medida extintiva en virtud de circunstancias ocultas durante el periodo de negociación.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se aborda el examen de la buena fe explicando que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y (menos aún) a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero, de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: artículo 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el artículo 89.1 ET (“*ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe*”); b) desde el momento en que el artículo 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de “*la consecución de un acuerdo*” y que el periodo de consultas “*deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento*”, está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negociada<sup>67</sup>.

Para analizar el cumplimiento del deber de buena fe negociada “*habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones*”<sup>68</sup>. Y todo ello partiendo de que la finalidad de los preceptos que se refieren a la buena fe (artículo 51.2 ET, artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE y Real Decreto 1483/2012) no es otra que la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente<sup>69</sup>.

Así, respecto a lo que la jurisprudencia ha denominado como postura inamovible de la empresa, el hecho de que, al no alcanzarse un acuerdo, la decisión empresarial final se limitara a la indemnización legal de 20 días, sin otras mejoras, no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas<sup>70</sup>. La carencia de la buena fe negociada por parte de la

<sup>67</sup> STS 9 de enero de 2019 [RJ 2019\432], STS 27 de mayo de 2013 [RJ 2013\7656], STS 22 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6792] y STS 16 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6778].

<sup>68</sup> STS 20 de marzo de 2013 [RJ 2013\2883] y STS 18 de febrero de 2014 [RJ 2014\2239].

<sup>69</sup> STS 31 de octubre de 2017 [RJ 2017\5251].

<sup>70</sup> STS 21 de mayo de 2014 [RJ 2014\4214].

empresa necesita de algo más: la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio; en efecto, se niega que se haya desarrollado un verdadero periodo de consultas, no tanto porque no se moviesen las posiciones empresariales en el curso de las reuniones celebradas (en este caso concreto, tres reuniones), sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final “*inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo*”<sup>71</sup>.

Para el Tribunal Supremo, la ley establece una obligación de negociar, no de llegar a un acuerdo, y que, en este caso, “*gran parte de las propuestas formuladas por la representación de los trabajadores eran de difícil, si no imposible asunción por la corporación en un tiempo razonable, con ciertas garantías de éxito y sin dificultades jurídicas, propuestas a las que, de todas formas, se dio respuesta motivada durante el propio periodo de consultas pese a que ésta –la respuesta– no supusiera, en efecto, una variación respecto a la posición inicial de la empleadora que, por su condición de Administración pública, como también se ha indicado, dada su naturaleza y régimen jurídico aplicable, tiene más dificultades jurídicas para negociar gran parte de las referidas medidas*”<sup>72</sup>.

Por tanto, no se vulnera el deber de negociar de buena fe cuando “*se han celebrado varias reuniones para deliberar sobre la iniciativa de despido colectivo (18 de enero de 2016, 20 de enero de 2016, 22 de enero de 2016 y 26 de enero de 2016), se hicieron propuestas y contrapropuestas (de hecho, el número de despedidos pasó de los 100 originariamente propuestos por la empleadora a 80), se ha aportado la documentación preceptiva, se han aportado criterios de selección de los despedidos y se ha acreditado la causa de despido (no cuestionada). Tal y como resulta de la sentencia de instancia se celebraron diversas reuniones negociadoras (con numerosos turnos de intervenciones) durante las cuales hubo ofertas y contraofertas, sin que pueda tildarse a la parte empresarial de única culpable del fracaso de dichas reuniones y de la no consecución de un acuerdo, pues por la parte contraria no se aceptó ninguna de las ofertas de la empresa. En esas condiciones, la ausencia de acuerdo, las leves protestas acerca de los criterios de designación, o las reiteradas solicitudes respecto del listado de afectados no pueden conducir a negar el cumplimiento de la referida obligación*”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> STS 20 de marzo de 2013 [RJ 2013\2883].

<sup>72</sup> STS 18 de febrero de 2014 [RJ 2014\3267].

<sup>73</sup> STS 31 de octubre de 2017 [RJ 2017\5251].

Ha de reiterarse, en fin, que es la existencia de la buena fe lo que se presume y no lo contrario<sup>74</sup>. Además, la buena fe es una obligación bilateral o recíproca que vincula a ambas partes: los trabajadores tienen como deberes básicos cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia; buena fe que ha de presidir las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores y que es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza bilateral genera derechos y deberes recíprocos<sup>75</sup>.

En este sentido, frente a la cuestión de si la empresa demandada negoció de mala fe, la respuesta debe ser negativa cuando de la lectura del periodo de consultas se revela que se dio respuesta a cada una de las propuestas de los representantes de los trabajadores; incluso, la propia empresa alteró su posición “*en varias ocasiones durante el periodo de consultas, lo que acredita su disposición a dejarse convencer por las posturas de la contraparte*”<sup>76</sup>.

Desde la perspectiva del empresario, se vulnera la buena fe en la negociación cuando el empresario rechaza y se niega a negociar o ceder en cualquier aspecto<sup>77</sup>; o se ocultan o alteran datos o se entrega parca o incompleta información negocial<sup>78</sup>. Desde la perspectiva de los representantes legales de los trabajadores, no puede alegarse incumplimiento de la buena fe del empresario cuando no se presentan propuestas serias o existe una posición obstruccionista por parte de los representantes<sup>79</sup>; cuando los representantes no dejan margen de diálogo abandonando las reuniones por no aceptarse sus propuestas<sup>80</sup>, sin que pueda tildarse a la parte empresarial de única culpable del fracaso de dichas reuniones y de la no consecución de un acuerdo, cuando por la parte de los trabajadores no se acepta ninguna de las ofertas propuestas por la empresa<sup>81</sup>.

Asimismo, es indiferente el número de reuniones que se hayan celebrado, pues lo realmente importante es el contenido negocial de las mismas<sup>82</sup>. Al hilo de lo comentado, por tanto, existe buena fe cuando la empresa realiza diver-

<sup>74</sup> STS 28 de enero de 2015 [RJ 2015\2073].

<sup>75</sup> STS 9 de diciembre de 1982 [RJ 1982\7790] y STSJ de Asturias 30 de marzo de 2012 [JUR 2012\132961].

<sup>76</sup> STS 27 de mayo de 2013 [RJ 2013\7656].

<sup>77</sup> STS 18 de febrero de 2014 [RJ 2014\1644].

<sup>78</sup> STS 20 de mayo de 2014 [RJ 2014\4356].

<sup>79</sup> STS 14 de octubre de 2015 [RJ 2015\5564].

<sup>80</sup> STS 22 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6792].

<sup>81</sup> STS 26 de enero de 2016 [RJ 2016\1671].

<sup>82</sup> STS 14 de octubre de 2015 [RJ 2015\5564].

sas propuestas, las cuáles, fueron rechazadas por los trabajadores, más cuando la empresa varía su propuesta inicial disminuyendo el número de trabajadores despedidos y aumentando la indemnización de los mismos<sup>83</sup>. Tampoco se aprecia mala fe en las negociaciones por el hecho de que “*el penúltimo día de las negociaciones se hiciese alguna oferta, pues a medida que se va negociando las partes van fijando sus posiciones y conociendo las de la contraria, lo que conduce a realizar una determinada oferta en los últimos días de la negociación*”<sup>84</sup>. Ni tampoco cuando, dada la grave situación económica de la empresa, la misma no tenía posibilidad real de ofrecer otras alternativas más favorables a los trabajadores, por lo que no cabe calificar de mala fe el que no formulara propuestas que mejoraran las iniciales ofrecidas en el periodo de consultas<sup>85</sup>.

Existe también mala fe cuando la empresa decide negociar de manera paralela e individual con los trabajadores directamente afectados por el despido; de esta manera se quiebra el principio de buena fe y se transforma en fraudulento el periodo de consultas: “*esa negociación paralela con los trabajadores individualmente afectados constituyó un fraude de ley al vaciar de contenido el propio proceso negociador del periodo de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho periodo alcanzase ninguno de sus objetivos*”<sup>86</sup>. Ello constituye un claro indicio de vulneración del derecho a la libertad sindical<sup>87</sup>, en su vertiente de negociación colectiva, al impedir que el periodo de consultas, como manifestación de la negociación colectiva, se desarrolle por los mecanismos legales y adecuados<sup>88</sup>.

Asimismo, tampoco es admisible que “*se propongan 42 despidos y se reduzcan inicialmente a 31, aunque la empresa condicionó la modificación de esa postura inicial, que mantuvo inamovible durante toda la negociación por ser la única alternativa viable, salvo que hubiera contrapropuestas y cuando estas se producen, se descartan totalmente, para reducir sin explicación alguna un número tan significativo de despidos*”<sup>89</sup>. En este mismo sentido, no es legítimo por parte del empresario modificar los despidos planteados (aumentándolos) cuando

---

<sup>83</sup> STS 25 de marzo de 2015 [RJ 2015\2130].

<sup>84</sup> STS 23 de septiembre de 2014 [RJ 2014\6420].

<sup>85</sup> STS 20 de octubre de 2015 [RJ 2015\6253].

<sup>86</sup> STS 20 de mayo de 2014 [RJ 2014\5097].

<sup>87</sup> VILA TIerno, F.: “Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia SJS Madrid núm.12, de 29 de abril 2016 (AS 2017,1762)”, en Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 209, 2018, págs. 247 y ss.

<sup>88</sup> STS 24 de julio de 2014 [RJ 2014\4790].

<sup>89</sup> SAN 28 de marzo de 2014 [AS 2014\826].

las negociaciones han versado en un número inferior de despidos de trabajadores. Por tanto, la alteración cuantitativa de los despidos inicialmente planteados (de 76 a 136 trabajadores) exige que se hubiera abierto un nuevo periodo de consultas: *“la relevante modificación de la decisión que abrió el periodo de consultas y sobre la que versaron las negociaciones, alterada al momento del acta final y de nuevo incrementada en las posteriores comunicaciones a la Autoridad Laboral, fuera ya del periodo consultivo, suponen sencillamente que el periodo de consultas legalmente exigido no se ha llevado a cabo”*. Por tanto, si la decisión empresarial es la alteración cuantitativa de la medida, debe abrirse un nuevo periodo consultivo desde su inicio no sólo para poder entablar la correspondiente negociación sino para permitir que el empresario fundamente adecuadamente las nuevas causas invocadas y la proporcionalidad de la decisión extintiva ahora adoptada. No cabe, por lo tanto, alterar cuantitativamente la decisión extintiva inicial sobre la que basculó el periodo consultivo (76 trabajadores) y adoptar como decisión final otra notablemente más gravosa (136 trabajadores). Al no actuar así, la decisión empresarial, por lo demás sólo comunicada a la Autoridad Laboral y no a los representantes de los trabajadores, es nula porque se adopta sin dar cumplimiento al periodo de consultas previo a dicha decisión. Ello determina la nulidad del despido<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> SAN 29 de julio de 2014 [JUR 2014\206014].

## **G.** ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

### G.1. INTRODUCCIÓN AL SIGNIFICADO ECONÓMICO DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL\*

Cualquier análisis económico serio debe partir necesariamente de la definición del objeto de estudio al objeto de delimitar su espacio de acción y su alcance. En el caso de la flexibilidad laboral, y como bien señala Atkinson (1984), no existe una definición universalmente aceptada, sino que existen diversas nociones de flexibilidad que agrupó en los conceptos de flexibilidad numérica, flexibilidad funcional y flexibilidad financiera. Por su parte, McIlroy et al. (2004) consideró que en la flexibilidad numérica debería distinguirse entre la interna y la externa, además de considerar la existencia de los otros tipos de flexibilidad (funcional y financiera) señalados por Atkinson.

Para Arvanitis (2005) la flexibilidad laboral no solo implica la contratación de trabajadores temporales, sino que también incluye otras formas de empleo atípicas como el trabajo a tiempo parcial o la contratación indirecta a través de agencias de trabajo temporal. Esta práctica es la que suele denominarse flexibilidad numérica para diferenciarla de la flexibilidad funcional y tiene como objetivo ajustar las cargas de trabajo para satisfacer necesidades de servicio o producción.

---

\* Apartado realizado por José Luis SÁNCHEZ OLLERO, *Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Málaga (G.1 a G.4).*

Este tipo de flexibilidad se puede lograr mediante el uso de estrategias internas o externas.

I. La flexibilidad numérica interna puede lograrse mediante el uso de horas extras y/o contratos a tiempo parcial que permitan trabajar a personas con otras responsabilidades (por ejemplo, mujeres con deberes familiares o estudiantes universitarios) o estableciendo horarios de trabajo flexibles según las necesidades de servicio o producción. Es decir, el número de trabajadores no cambia cuando se aplica una estrategia interna de flexibilidad numérica, pero hay libertad para ajustar y redistribuir el número de horas trabajadas según las necesidades de producción.

II. La flexibilidad numérica externa implica la posibilidad de cambiar el número de trabajadores según las necesidades de producción. Así, la flexibilidad numérica externa puede lograrse mediante el uso de contratos de duración determinada, que pueden ser realizados directamente por la empresa o a través de empresas de trabajo temporal.

En ambos casos la flexibilidad numérica puede implicar menor seguridad laboral, menor salario, disminución de las posibilidades de ser promovido a un puesto de trabajo fijo, disminuye la percepción subjetiva de seguridad en el empleo y a más largo plazo tiene importantes efectos negativos en la formación y capacitación individual y en el capital humano (INE, 2022; EUROSTAT, 2022)

Por su parte, la flexibilidad funcional sugiere que los trabajadores tienen las habilidades necesarias para realizar el trabajo requerido en cada momento. Al aumentar la gama de tareas que puede realizar un empleado, los empleadores esperan que los empleados sean capaces de desempeñar diferentes funciones dentro del mismo departamento, o incluso de trabajar entre departamentos. Este enfoque puede generar aumentos en las habilidades, la satisfacción laboral, un trabajo más significativo y mejores perspectivas de carrera para los empleados (Nickson, 2007).

Finalmente, Budd (2013) considera que además de la flexibilidad numérica y la funcional, deben considerarse otros dos tipos de flexibilidad: la flexibilidad salarial, que pretende adaptar el salario al rendimiento, y la flexibilidad de procedimiento, es decir la adaptación a posibles cambios en los métodos de producción y trabajo o la innovación tecnológica.

## G.2. LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN LA LITERATURA ECONÓMICA

Los autores que apoyan una mayor flexibilidad en el mercado laboral argumentan que el trabajo temporal y a tiempo parcial puede reducir significativamente los costos de contratación y despido (costos laborales) y, por lo tanto, puede mejorar el desempeño de la empresa, generar más puestos de trabajo y reducir el desempleo en el mercado laboral en general (Booth et al., 2002; Morikawa, 2010, entre otros). La flexibilidad laboral se considera necesaria ya que permite a las empresas ajustar el número y el tipo de habilidades necesarias para hacer frente a las fluctuaciones de la demanda. Por el contrario, los opositores a la flexibilidad numérica argumentan que la flexibilidad laboral es simplemente una práctica de ahorro de costos laborales que se implementa a expensas de la seguridad laboral de los trabajadores y que reemplaza a los trabajadores con contratos permanentes de tiempo completo con varios trabajadores no estándar con salarios más bajos (Dolado et al. al., 2002; Arvanitis, 2005, entre otros).

En el análisis de la literatura, no parece detectarse una relación directa entre la rotación de empleados y la productividad. Cuando la rotación laboral es baja, la productividad también lo será, porque la reasignación eficiente del factor productivo ocurriría más lentamente, desde los puestos de menor productividad hacia aquellos de mayor productividad. Por el contrario, si la rotación laboral es muy alta, se desincentivaría tanto a los trabajadores como a los empleadores a invertir en capacitación, lo que dificultaría la acumulación de capital humano. Por tanto, los contratos temporales tendrían efectos marcados en la productividad de los trabajadores por su impacto en la rotación laboral (Ortega y Marchante, 2010).

La investigación sobre los efectos del trabajo a tiempo parcial en la productividad de las empresas es escasa y las predicciones teóricas son ambiguas en cuanto a los efectos esperados (Nelen et al., 2009).

Por su lado, la Teoría del Capital Humano sugiere que existe una relación negativa entre el empleo a tiempo parcial y la productividad laboral. La razón detrás de esto, como ya se señaló, es el bajo incentivo para que los trabajadores a tiempo parcial inviertan en capital humano, lo que lleva a que estos trabajadores tengan un desempeño inferior en términos de productividad en comparación con los trabajadores a tiempo completo (Manning y Petrongolo, 2008). Por otra parte, la contratación de trabajadores a tiempo parcial podría ser beneficiosa para la productividad de la empresa en el caso de que las horas trabajadas por estos empleados superen las establecidas en sus contratos o cuando la demanda de los consumidores se concentre en determinadas horas punta específicas (Delsen, 2006).

El impacto de la flexibilidad laboral en la productividad del trabajo parece ser una cuestión empírica. En el caso de España, los trabajos realizados muestran que la productividad media de los trabajadores temporales es menor que la de los trabajadores permanentes (Sánchez y Toharia, 2000; Martín, 2000; Rodríguez-Gutiérrez, 2007; Díaz-Mayans y Sánchez, 2004; Ortega y Marchante, 2010) sin que el uso de este tipo de contrato mejore la precariedad laboral del mercado de trabajo español (Felgueroso *et al.*, 2018).

Así, desde una perspectiva teórica, y de acuerdo con los resultados empíricos presentados en la literatura, no se puede demostrar de manera definitiva si el recurso a la flexibilidad tiene un efecto negativo o positivo sobre la productividad laboral.

### G.3. CONTEXTO MACROECONÓMICO DE APLICACIÓN DEL RD 32/2021 Y SUS PRINCIPALES CONTENIDOS CON TRASCENDENCIA ECONÓMICA

No es ningún secreto que el objetivo político de la reforma laboral planteada por el actual gobierno de coalición en el Real-Decreto Ley 32/2021 es desandar, en buena medida, los pasos de la reforma que a su vez aprobó en 2012 el Gobierno de Mariano Rajoy con el Partido Popular. Reforma ésta última que fue considerada muy lesiva para los intereses de los trabajadores por parte de las formaciones políticas de izquierda y cuyo derribo formó parte de los acuerdos políticos que conjugaron en la moción de censura y posterior acuerdo de gobierno.

Sin embargo, no todos los puntos de aquellos acuerdos se han recogido en el nuevo texto legal el cuál se ha centrado especialmente en regular (aumentar) la flexibilidad interna de las empresas basándose en la experiencia positiva de las medidas excepcionales de la pandemia, olvidándose o dejando para mejor ocasión los aspectos mas discutibles de la flexibilidad externa recogidos en el texto del gobierno Rajoy.

Como bien señalan diversos autores (Whyman y Petrescu, 2015; Álvarez Cortés, 2022, entre otros) la flexibilidad se ha relacionado habitualmente con la capacidad empresarial para hacer frente a los continuos e imprevisibles cambios en el mercado que se producen como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, las fluctuaciones en la producción condicionadas por la demanda, la estacionalidad y otras variables diversas, por lo que de forma recurrente se ha puesto encima de la mesa de las negociaciones colectiva por parte de las organizaciones empresariales. La bondad en este punto de la Reforma Laboral de 2021 radica en que ha contado con el apoyo, también, del Gobierno y las organiza-

ciones sindicales al venir acompañada de medidas tendentes a garantizar cierta seguridad a los trabajadores afectados tendentes a reducir los inconvenientes de la flexibilidad interna (numérica y funcional) anteriormente indicados.

En el contexto macroeconómico existente en España en el año de aprobación del Decreto Ley, 2021, y según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la tasa de trabajo temporal –entendido como el porcentaje de asalariados con contrato temporal sobre el total de asalariados– fue del 25,1% en 2021 tras alcanzar un máximo del 34% en 2006, reflejando la enorme vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores con este tipo de contrato en el actual ciclo económico. La comunidad con el porcentaje más bajo de asalariados con contrato temporal correspondió a Ceuta (16,8%) seguida de La Rioja (22,3%) mientras que el porcentaje más alto de asalariados con contrato temporal en 2021 correspondió a Melilla (34,6%) y Andalucía (33,5%). En la UE-27 el valor de este porcentaje en el año 2021 fue de 14,0%

El fenómeno de los contratos temporales afecta principalmente a mujeres, jóvenes, inmigrantes y trabajadores poco calificados (Jimeno, 2005). Con datos de 2021, las mujeres tienen una tasa de temporalidad de 27,5% frente al 22,8% de los hombres; los menores de 24 años tienen una tasa del 69,1% frente a los mayores de 50 que la sufren en un 14,2%; los trabajadores con menor nivel educativo tienen una tasa del 29,4% de temporalidad frente al 22% de los que tienen educación superior; los trabajadores inmigrantes no europeos tienen una tasa del 41,8% frente al 23,5% de los nacionales y, finalmente, la densidad de población de la zona establece unas diferencias en la tasa del 29,4% al 22,9% de mayor a menor densidad de población.

Por otro lado, como en el caso de la temporalidad, en el perfil del trabajador a tiempo parcial del mercado de trabajo español predominan los trabajadores más vulnerables y con menos opciones: mujeres, trabajadores con niveles de cualificación bajos y, según qué tipos de trabajos a tiempo parcial, inmigrantes (Pedraza et al., 2010). El empleo involuntario a tiempo parcial se refiere a las personas que trabajan a tiempo parcial porque no encuentran un trabajo a tiempo completo. En España, con datos de 2021, el porcentaje de trabajo a tiempo parcial involuntario como porcentaje del trabajo a tiempo parcial total fue del 52,4% frente al 51,4% del año anterior, siendo Melilla con un 78,2% la comunidad con una tasa más alta y La Rioja la más baja con un 41,2%, cumpliéndose los mismos resultados cualitativos en razón de edad, nacionalidad y nivel de estudios que para el trabajo temporal, con la excepción del sexo: en este caso la parcialidad laboral es mayor en los hombres (56,7%) que en las mujeres (51,3%) (INE, 2022).

#### G.4. PRIMEROS RESULTADOS DE LA REFORMA LABORAL

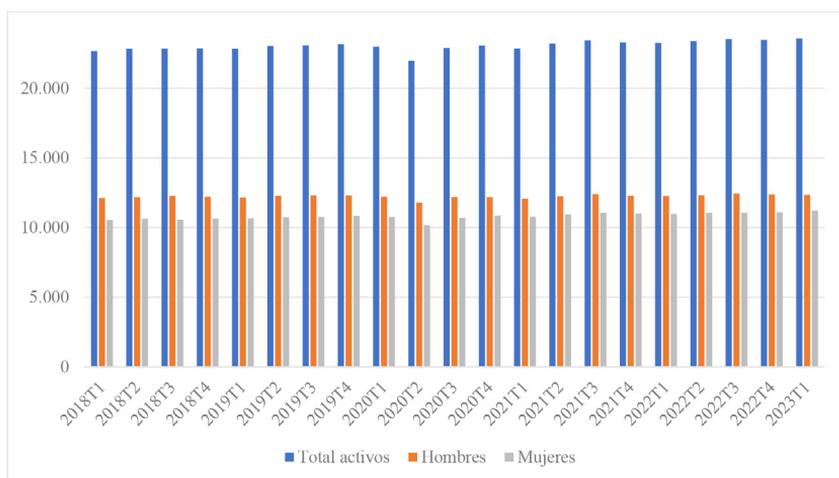
El Real Decreto-ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo se aprueba el 28 de diciembre de 2021, publicándose en BOE el 30 de ese mes y con entrada en vigor el último día del año, 31 de diciembre. A la fecha de redacción de este epígrafe, mayo de 2023, han transcurrido 17 meses de su entrada en vigor, tiempo suficiente para que se notaran sus efectos en la economía, pero insuficiente para que el sistema estadístico nacional nos suministre algunos de los datos que serían necesarios para la evaluación de su impacto real sobre el empleo y las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, los últimos datos disponibles de la Encuesta de Estructura Salarial y la operación estadística Índice de Precios del Trabajo son del año 2020.

Afortunadamente, la Encuesta de Población Activa contiene ya datos hasta el primer trimestre de 2023, en tanto que la Encuesta Trimestral de Coste Laboral contienen datos completos de 2022. Con esa base, y con la Estadística de Afiliación de Trabajadores a la Seguridad Social, procederemos a realizar algunos comentarios que avancen la profundidad del cambio marcado por esta norma.

De acuerdo con los datos de la Encuesta de Población Activa elaborada por el INE y recogidos en la Tabla 1, en el primer trimestre de 2023 el número de trabajadores activos en España se situaba en 23,58 millones de personas, de los cuales 12,35 millones son hombres y 11,27 millones de mujeres. Desde el último trimestre de 2021, fecha de aprobación de la reforma laboral, al primer trimestre de 2023 existirían 291.000 trabajadores activos más, con una fuerte diferencia entre el aumento de hombres (75.200) y mujeres (216.500) que se incorporan al mercado laboral con intención de trabajar.

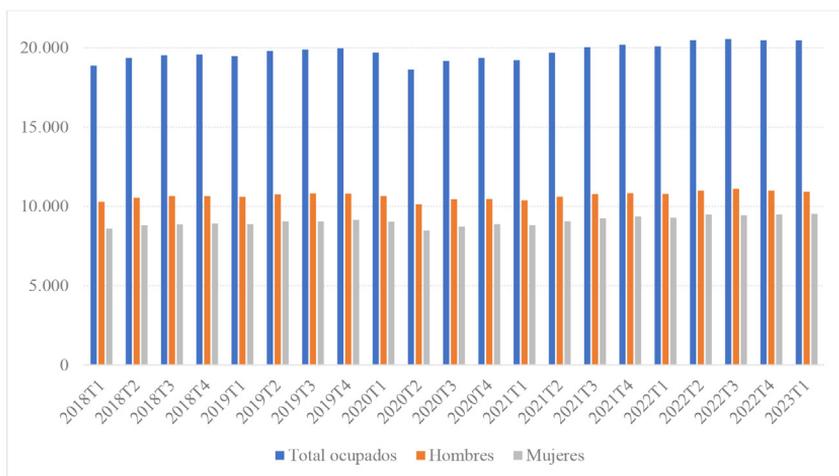
Por su parte, el total de ocupados cerró el primer trimestre de 2023 con 20,453 millones de trabajadores, 10,925 millones de hombre y 9,53 millones de mujeres, lo que supuso en el mismo periodo de aplicación de la ley un incremento de los ocupados total de 268.000 personas, con una diferencia de crecimiento favorable a la población ocupada femenina que creció en 173.700 mujeres frente a un crecimiento de 94.000 hombres, tal y como se recoge en la Tabla 2.

**Tabla 1**  
**Trabajadores activos en la economía española 2018\_T1 a 2023\_T1**



Fuente: Encuesta de Población Activa (INE), elaboración propia.

**Tabla 2**  
**Trabajadores ocupados en la economía española 2018\_T1 a 2023\_T1**

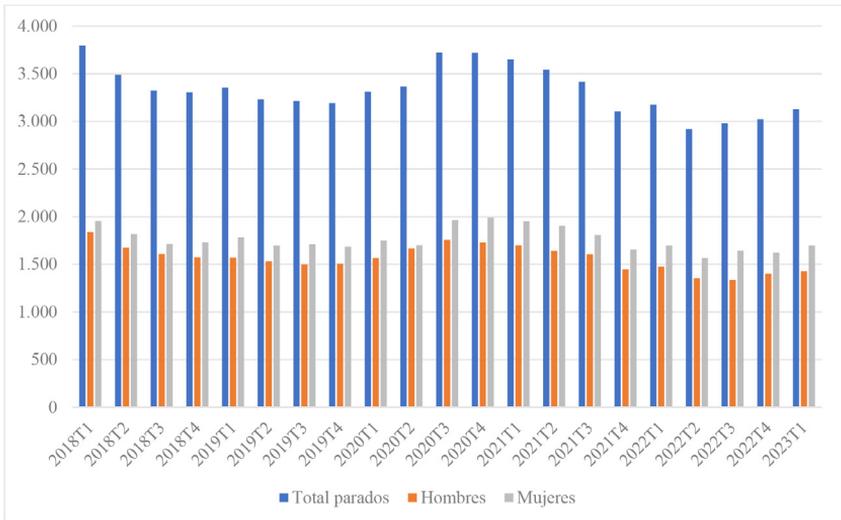


Fuente: Encuesta de Población Activa (INE), elaboración propia.

El dato positivo con matices proviene de las cifras de parados que, si bien venía de tener una evolución muy positiva hasta el último trimestre de 2019, los efectos de la pandemia se han dejado sentir con fuerza con un fuerte crecimiento del desempleo y una lenta recuperación posterior. Como dato positivo, el número de desempleados ha recuperado en el primer trimestre de 2023 las mejores cifras de aquél último trimestre de 2019 y, de hecho, es el mejor dato desde 2007. El matiz viene por el repunte de los últimos dos trimestres que arroja un punto de duda sobre la evolución futura.

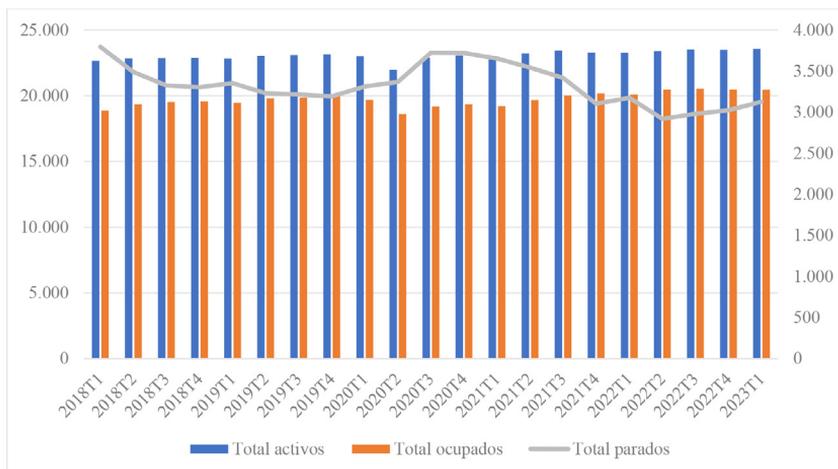
De hecho, analizando conjuntamente los datos de activos, ocupados y parados, los últimos cuatro trimestres se observa un repunte en la tendencia al desempleo fruto, probablemente, de la tendencia de crecimiento post pandémico que registran los indicadores de ocupación animando a más personas a incorporarse al mercado de trabajo a un ritmo superior al de la creación de empleo.

**Tabla 3**  
**Trabajadores parados en la economía española 2018\_T1 a 2023\_T1**



Fuente: Encuesta de Población Activa (INE), elaboración propia.

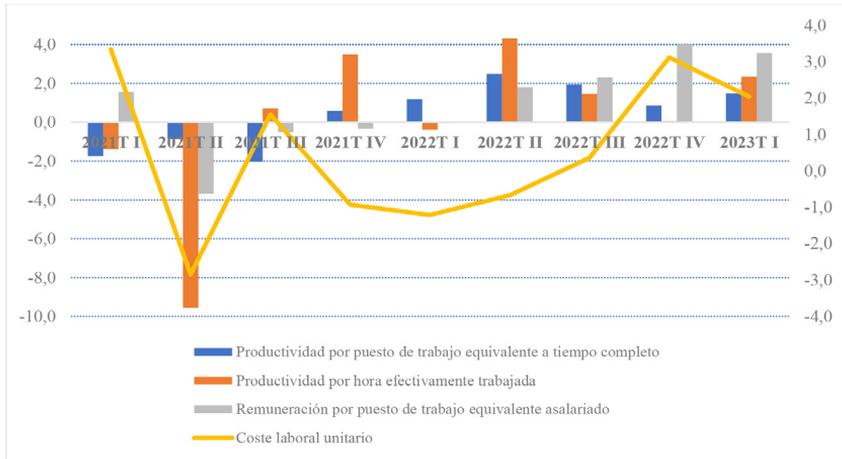
**Tabla 4**  
**Fuerza laboral en la economía española 2018\_T1 a 2023\_T1**



*Fuente:* Encuesta de Población Activa (INE), elaboración propia.

Con todo, el panorama económico desde el punto de vista del mercado laboral parece abonado al optimismo y al consenso social. Así, en la Tabla 5 se recogen los datos ajustados de estacionalidad y calendario relativos a la productividad de la economía española y sus costes laborales proporcionados por el INE para los años 2021 y 2022 y el primer trimestre de 2023. Como puede observarse, todos los indicadores han transformado su evolución de negativa a positiva en 2022, con diferencias de trimestre según indicador. En el primer trimestre de 2023, los datos han sido especialmente positivos con crecimientos intertrimestrales elevados y compensados en materia de productividad, remuneración de asalariados y coste laboral unitario.

**Tabla 5.**  
**Productividad y costes laborales ajustados a estacionalidad**  
**y calendario 2021-2023**

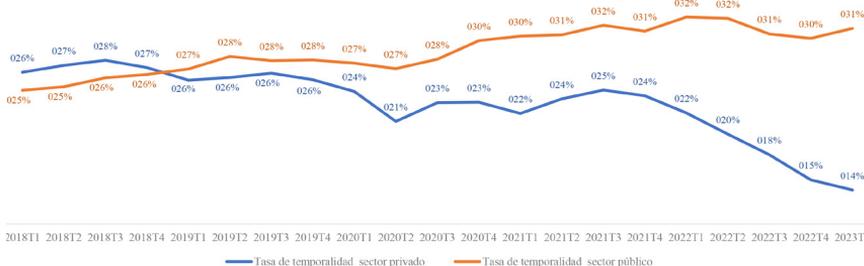


*Fuente:* Contabilidad Nacional Trimestral de España (INE), elaboración propia.

Más allá de los indicadores económicos recogidos por el INE, los agentes sociales han realizado sus propias perspectivas y acordado a principios de mayo un nuevo Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) que recoge un incremento salarial de al menos un 10% hasta 2025, incluyendo una cláusula de revisión para tener contralado el efecto de la inflación que podría, incluso, aumentar esa cifra, así como un paquete complementario de medidas para impulsar la jubilación parcial y algunas medidas relativas a las mutuas. El aumento de salarios acordado, del 4% en 2023 y del 3% en 2024 y 2025, así como el resto de lo negociado no es de obligado cumplimiento en los convenios colectivos sectoriales o de empresa, pero funcionan como una guía de actuación que emana de la dirección nacional de las organizaciones sindicales y la patronal a sus respectivos escalones inferiores.

**Tabla 6**  
**Indicadores económicos de fuerza laboral 2018\_T1 a 2023\_T1**

	2018				2019				2020				2021				2022				2023
	T1	T2	T3	T4	T1																
Tam de actividad	58,46%	58,80%	58,73%	58,61%	58,35%	58,74%	58,72%	58,74%	58,18%	55,54%	57,83%	58,19%	57,69%	58,58%	59,14%	58,65%	58,50%	58,71%	58,86%	58,52%	58,55%
Tam de ocupación	48,67%	49,81%	50,18%	50,14%	49,78%	50,51%	50,54%	50,64%	49,80%	47,03%	48,43%	48,81%	48,47%	49,63%	50,52%	50,83%	50,51%	51,38%	51,40%	50,99%	50,78%
Tam de paro	16,74%	15,28%	14,55%	14,45%	14,70%	14,02%	13,92%	13,78%	14,41%	15,33%	16,26%	16,13%	15,98%	15,26%	14,57%	13,33%	13,65%	12,48%	12,67%	12,87%	13,26%
Tam de parcialidad	14,91%	14,99%	13,90%	14,80%	14,90%	14,90%	14,03%	14,75%	14,47%	13,36%	13,84%	14,47%	14,04%	14,41%	13,46%	13,56%	13,99%	13,77%	12,76%	13,59%	13,72%
Tam de temporalidad	26,11%	26,80%	27,49%	26,86%	25,88%	26,36%	26,66%	26,11%	25,02%	22,39%	24,17%	24,63%	23,80%	25,06%	26,02%	25,38%	24,21%	22,29%	20,18%	17,89%	17,28%



Fuente: Encuesta de Población Activa (INE), elaboración propia.

Al margen de los salarios, que sin duda es lo más importante del acuerdo dada la pérdida de poder adquisitivo de los mismos por la fuerte inflación del período post pandémico y sus consecuencias en la contracción del consumo y por ende de las posibilidades de producción de la economía, el acuerdo alcanzado contempla también algunas medidas respecto de las tipologías de contrato como ampliar hasta el año los contratos por circunstancias de producción o la potenciación del contrato indefinido ordinario a tiempo parcial.

Sin duda, lo sorprendente de algunos detalles del acuerdo, en el que los agentes sociales parecen haber abandonado posiciones largamente defendidas para abrazar justo lo contrario de lo habitual tiene su base en las lecciones aprendidas de la pandemia que se plasman, por la parte gubernamental, en el Real Decreto-Ley 32/2021 mediante la ampliación de la regulación de los ERTes y del denominado Mecanismo Red.

Es de destacar dentro del acuerdo social lo relativo a la flexibilidad interna: “Consideramos que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla” recoge el texto del acuerdo, absolutamente en línea con lo establecido en el Real Decreto y en el marco de la reciente experiencia de los ERTes que ha llevado a preferir, al fin, la reducción de la jornada frente a la supresión del contrato.

Pero también porque el marco macroeconómico del primer año de aplicación del decreto parece deducir el éxito en algunas de sus medidas. En la Tabla 6 se recogen algunos indicadores de actividad de la economía como la tasa de actividad, la tasa de ocupación, la tasa de paro, la tasa de parcialidad y la tasa de temporalidad. El gráfico adjunto a la tabla desglosa ésta última entre el sector público y el sector privado. Si bien las dos primeras denotan cierta estabilidad en los datos, es innegable la buena evolución de los indicadores de paro obtenidos a partir de los datos de la EPA. Con los habituales dientes de sierra en este indicador (un buen dato de paro anima a nuevos trabajadores a solicitar empleo lo que hace aumentar de nuevo el valor de indicador) y las incertidumbres de los últimos trimestres, parece caminar en la buena dirección.

Otra cosa es la calidad del empleo creado y la carencia de mano de obra en ocupaciones concreta. No es ningún secreto, en este sentido, los problemas que tienen en estos momentos las actividades 55 y especialmente 56 de la CNAE a la hora de cubrir puestos derivados del incremento de demanda motivado por la buena temporada turística, carencia especialmente grave en grandes capitales y destinos turísticos. En este sentido es necesario que las empresas (y sus clientes) valoren mejor este tipo de ocupaciones que han sido tradicionalmente objeto de abusos en la contratación y fraude a la seguridad social.

Respecto de la tasa de parcialidad ha seguido una evolución parecida a la de la tasa de paro, con un buen comportamiento general a la reducción en el período considerado, pero con un repunte en los dos últimos trimestres que no desmerece la evolución seguida.

Lo que resulta ser muy destacable, consecuencia sin duda de la aplicación del Real Decreto 32/2021, es la evolución seguida por la tasa de temporalidad. Si en el tercer trimestre de 2018 (sirva como referencia este dato ya que el gobierno actual toma posesión en junio de 2018) se situaba en el 27,43% en el primer trimestre de 2023 ha bajado más de diez puntos situándose en el 17,28%. La mayor parte de esa bajada se ha producido en el último año de vigencia del decreto, pasando del 25,38% en el último trimestre de 2021 al citado 17,28% como último dato disponible.

Como dato a tener en cuenta debemos señalar la disparidad entre los valores de la tasa de temporalidad cuando separados los contratos del sector público de los del sector privado. Así, si durante 2018, y con anterioridad, la tasa de temporalidad del sector privado superaba en varios puntos a la del sector público, a partir del primer trimestre de 2019 el sector público no solo ha superado al sector privado, sino que lo ha ido haciendo de una manera prácticamente creciente en todos los trimestres. Además, la evolución seguida por estos indicadores que

parece ir en paralelo a lo largo de los años se trunca de manera ostensible a partir del último trimestre de 2021, fecha de aprobación del decreto, produciéndose una radical bajada en la tasa de temporalidad del sector privado (cae más de 10 puntos desde el tercer trimestre de 2021 al primero de 2023) en tanto que la tasa de temporalidad del sector público se mantiene entre las más altas de los registros históricos. El último dato disponible, primer trimestre de 2023, sitúa la tasa de temporalidad pública en el 31,26% y la privada en menos de la mitad, el 13,72%.

#### G.5. ANÁLISIS DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA Y EL CONVENIO COLECTIVO DESDE LA PERSPECTIVA DEL MANAGEMENT CIENTÍFICO INTERNACIONAL\*

La Web of Science (en adelante WoS), propiedad de la empresa Clarivate Analytics, es la colección de Bases de Datos de referencias bibliográficas y citas de publicaciones periódicas que recoge información desde 1900 a la actualidad. La WoS está compuesta por la colección básica Core Collection que abarca los índices de Ciencias, Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, además de los Proceedings tanto de Ciencias como de Ciencias Sociales y Humanidades junto con las herramientas para análisis y evaluación, como son el Journal Citation Report y Essential Science Indicators (Web of Science, 2023).

Las temáticas de Flexibilidad Interna y Convenio Colectivo han sido profusamente estudiadas por académicos nacionales e internacionales a lo largo de la historia de la ciencia, enfocándose los trabajos tanto desde un punto de vista legal como desde el *management* o gestión empresarial. Consideramos que la WoS es una herramienta apropiada y cualificada para la profundización en estas temáticas de amplio alcance tanto a nivel jurídico como de la administración empresarial.

El primer documento sobre Convenio Colectivo en WoS data de 1944 y pertenece al área de la Consultoría mientras que la Flexibilidad Interna aparece en 1992 entre los documentos indexados en esta Base de Datos. Desde 1998 encontramos Papers científicos que conjuntamente profundizan en ambos *Topics* de la literatura internacional.

A continuación, recogemos los resultados que nos arroja WoS desde la perspectiva del Management científico para los Topics de Flexibilidad Interna y Convenio Colectivo, tanto individualmente considerados como de forma conjunta. Finalmente presentamos las conclusiones más significativas de nuestro estudio.

---

\* Apartado realizado por Mercedes RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Profesora Titular de Universidad del Área de Organización de Empresas de la Universidad de Málaga (G.5.a G.8.).

## G.6. FLEXIBILIDAD INTERNA DESDE LA PERSPECTIVA DEL MANAGEMENT

Para el análisis de la Flexibilidad Interna en la literatura internacional de Management en primer lugar se ha hecho una búsqueda del término *Internal Flexibility* el día 1 de abril de 2023 en la Base de Datos Científica Web of Science (WoS) en su Colección Central usando para ello la opción de Topic que incluye Título, Abstract, Keywords de autor y Keywordsplus. Refinando por la categoría 6.3 Management, se obtienen 757 Papers sin límite inferior ni superior de año de publicación. A continuación, este conjunto de documentos ha sido analizados a través de las Categorías de WoS, los ítems por autor, los años de publicación, países, afiliaciones de los autores y tipo de publicación. Se han obtenido los resultados en dos formatos: tablas y gráficos de Mapas de Árbol (TreeMap Charts) destacando seguidamente la información más relevante de cada apartado.

La temática de Flexibilidad Interna según las Categorías de WoS arroja los siguientes resultados visibles en el Mapa de Árbol 1.



Como se desprende del Mapa de Árbol 1, los trabajos pertenecen en su mayoría a la categoría de Management, seguida de Business e Ingeniería Industrial. Tener en cuenta que un mismo trabajo puede pertenecer a más de una categoría de WoS por eso la suma total de los trabajos que aparecen en el Árbol 1 supera el total de 757 que estamos analizando.

Si enfocamos la Flexibilidad Interna según los ítems por autor obtenemos el resultado que aparece en el Mapa de Árbol 2.

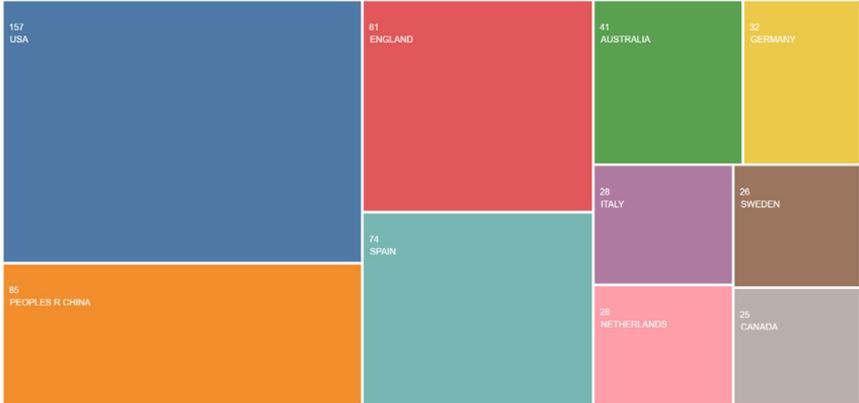


Como se observa en el Árbol 2 el autor Pérez-Pérez es el más prolífico en esta temática con 10 trabajos, seguido de Martínez-Sánchez con 8, le siguen Huo y Vela-Jiménez ambos con 7 Papers. Tener en cuenta que en este Mapa no aparecen los autores que tienen 2 y 1 trabajo, que son los más numerosos.

Respecto a los años de publicación según se aprecia en el Mapa de Árbol 3, la Flexibilidad Interna se caracteriza por ser un tema más estudiado en la última década ya que el mayor número de documentos (61) aparece en 2019, seguido de los años 2020, 2018, ... apareciendo 38 documentos en 2009.



Respecto a los países de residencia de autores que más han estudiado la Flexibilidad Interna, según se aprecia en el Mapa de Árbol 4, USA con 157 Papers es el que ocupa el primer lugar, seguido de China, Inglaterra y en cuarto lugar España con 74 Papers.



Las afiliaciones de los autores que tratan la Flexibilidad Interna nos indica, según se aprecia en el Mapa de Árbol 5, que la Universidad de Georgia es la que más interés muestra por la temática con 13 Papers. Destacar que las universidades españolas con más Papers publicados son Granada y Zaragoza ambas con 7 documentos (no figuran en el Mapa de Árbol 5 por estar en el orden alfabético más atrás que Copenhagen Business School también con 7 Papers).



## G.7. ANÁLISIS DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA LITERATURA INTERNACIONAL

Similar búsqueda a la anterior se ha realizado para el término *Collective Bargaining* el 11 de abril de 2023. El resultado de la misma mediante Topic en la Web of Science Core collection ha sido de 5.446 documentos en total. Refinando la búsqueda por Citation Topics Meso (la cual refina los resultados de la búsqueda a un nivel más granular escogiendo de 300 citaciones de Topics disponibles) se obtiene un resultado de 1.805 documentos para la categoría 6.3 Management. De éstos se hace una nueva clasificación a nivel Micro Citation Topics y resultan las subdivisiones que aparecen en la Tabla 1.

**Tabla 1**  
**Clasificación de Papers Científicos sobre Convenio Colectivo a nivel Micro Citation Topics**

<i>Número de Papers publicados sobre Convenio Colectivo</i>	<i>Clasificación a nivel Micro Citation Topics</i>
1.562	Sindicatos
94	Negociación
45	Satisfacción en el Trabajo
34	RSC (Responsabilidad Social Corporativa)
31	Movimientos Sociales
15	Emprendimiento y Otros
10	Economía Colaborativa
8	Gestión del Conocimiento
6	Ética de la Empresa

Basándonos en el resultado anterior sobre 1.805 Papers científicos de la WoS en la categoría de Management hacemos un análisis similar al de la Flexibilidad Interna y obtenemos los resultados que a continuación se exponen.

La temática de los Convenios Colectivos según las Categorías de WoS arroja los siguientes resultados visibles en el Mapa de Árbol 6.



Como se desprende del Árbol 6, los trabajos pertenecen en su mayoría a la categoría de Industrial Relations Labor, seguida de Law y Management. También Economics, Public Administration y Sociology ocupan lugares destacados en la literatura analizada.

Si analizamos la temática del Convenio Colectivo según los ítems por autor obtenemos el resultado que aparece en el Mapa de Árbol 7.

Como se observa en el Árbol 7, Marginson es el autor más prolífico en esta temática con 20 Papers, seguido de Mccrystal con 14 trabajos. Por su parte Brandl e Ibsen tienen ambos 12 Papers publicados. Tener en cuenta que en este Mapa sólo aparecen los autores que tienen como mínimo 10 trabajos en el área de conocimiento.



Respecto a los años de publicación según se aprecia en el Mapa de Árbol 8, la temática del Convenio Colectivo se caracteriza por ser un tema más estudiado en la última década ya que el mayor número de documentos (105) aparece en 2019, seguido de los años 2020, 2021, disminuyendo el número de documentos en 2012, 2009...



Las afiliaciones de los autores que tratan el Convenio Colectivo nos indica, según se aprecia en el Mapa de Árbol 9, que la Universidad de Londres es la que más interés muestra por la temática con 54 Papers. Destacar que no aparece ninguna universidad española en este Mapa pues sólo se han considerado las que tienen 17 ó más Papers.



## G.8. FLEXIBILIDAD INTERNA Y CONVENIO COLECTIVO

La búsqueda conjunta mediante *Topic* de ambos términos “internal flexibility” y “collective bargaining” dio como resultado sólo 16 trabajos en los que merece la pena profundizar. Marginson sigue siendo el autor con más número de trabajos (2) en la temática conjunta.

Reseñar igualmente que los trabajos más antiguos, publicados en 1998 y 1999 no son los más citados, incluso en la primera década del siglo XXI, sólo hay dos trabajos publicados, uno en 2005 que sí ha recibido citas del resto de investigadores y otro en 2008, aunque esta temática ha resultado más atractiva y más citada para los autores en la segunda década del siglo actual (2010-2020).

Respecto a las categorías de WoS en el Mapa de Árbol 10 podemos observar cómo Industrial Relations Labor, Law y Economics son las que más Papers se asignan con 7, 5 y 3 trabajos respectivamente.



Los autores más destacados y citados a nivel internacional son Marginson y Galetto, Crouch, Massa-Wirth y Seifert, Kirov y Thill, así como Thoemmes con un número de citas hasta el momento que va desde 18, el primero de ellos, hasta 4 los 2 últimos.

En concreto, el trabajo de Marginson y Galetto (2016) “Engaging with flexibility and security: Rediscovering the role of collective bargaining”, nos descubre el hecho de que los debates sobre la flexiguridad se han centrado en gran medida en las políticas y los marcos legislativos nacionales, pasando por alto el papel de la regulación subnacional, incluida la negociación colectiva a nivel

sectorial y de empresa. A partir de los resultados de un estudio transnacional sobre la negociación colectiva en el sector metalúrgico desde finales de la década de 1990, el artículo demuestra su contribución distintiva. Los convenios apoyan principalmente las formas internas de flexibilidad y promueven el empleo, los ingresos y la seguridad combinada. La capacidad de la negociación colectiva para abordar la flexibilidad y la seguridad difiere según los acuerdos institucionales que rigen la negociación. Se identifican diferencias importantes entre los acuerdos multiempresariales y los monopersonales y, en los acuerdos multiempresariales, según la presencia y la naturaleza de mecanismos eficaces que articulen los niveles sectorial y empresarial.

Crouch (2010) nos explica cómo la crisis financiera llamó la atención sobre el modo en que los trabajadores de determinados países habían podido mantener el gasto mediante la vivienda y el crédito al consumo a pesar de la inseguridad de sus posiciones en el mercado laboral. Esto indica, en opinión de este autor, la necesidad de ampliar el análisis de la relación entre flexibilidad y seguridad en los mercados laborales más allá del ámbito normal de la política laboral y social para incluir muchos otros aspectos no sólo de las políticas públicas sino también de las prácticas empresariales que afectan a esa relación. Se considera que los individuos se basan en una serie de colectividades dentro de las cuales se determinan las oportunidades vitales. Estas colectividades están sujetas a diversas formas de gobernanza. Por último, este autor presta atención a la dimensión de la sostenibilidad, la capacidad de cualquier combinación de políticas y prácticas para soportar tendencias autodestructivas.

Massa-Wirth y Seifert (2005) tratan en su análisis centrado en Alemania, los pactos para el empleo y la competitividad a nivel de empresa en el marco del sistema alemán de negociación colectiva. Debido a la introducción de cláusulas de apertura acordadas colectivamente y a la descentralización asociada del sistema de negociación colectiva, los interlocutores sociales a nivel de empresa tienen ahora más oportunidades de negociar ajustes específicos de la empresa en los ámbitos de la remuneración y las condiciones de trabajo. En ese momento, los pactos se negociaban en una de cada cuatro empresas con comité de empresa a cambio de garantías patronales, generalmente de duración determinada, en materia de localización y mantenimiento del empleo. Los “nuevos pactos” aumentan la flexibilidad interna de la empresa al ampliar el margen de maniobra para un ajuste flexible del tiempo de trabajo, la organización del trabajo y la remuneración. Una encuesta sobre los comités de empresa, realizada por el WSI (Instituto de Investigación Económico y Social Alemán), permite comprender los factores económicos e institucionales que influyen en la difusión y la composición de estos acuerdos concesionales. Junto con el compromiso de la dirección

con la cooperación social, la existencia de un convenio colectivo sectorial, en opinión de estos investigadores, es un requisito previo importante para garantizar, en primer lugar, que el empresario acepte garantías de empleo a cambio de las concesiones a los trabajadores y, en segundo lugar, que estos compromisos de la dirección se cumplan realmente en la práctica.

Kirov y Thill (2018) estudian la dinámica de la negociación colectiva en la gestión de la reestructuración, basándose en el ejemplo del sector bancario de Francia, Luxemburgo y Rumanía. Demuestran que la descentralización organizada de los modelos corporativistas o estatistas de Francia y Luxemburgo contribuyeron a sostener los sistemas de relaciones laborales y a amortiguar los efectos de la crisis. Los resultados de la negociación incluyeron la movilidad interna y la formación. En Rumanía, por el contrario, la descentralización desorganizada hizo que las soluciones se dejaran en manos de las empresas y de las fuerzas del mercado.

Thoemmes (2008) hizo un estudio a partir de diez años de investigación sobre la semana laboral de cuatro días en Volkswagen (Alemania), y propuso un análisis longitudinal de la negociación colectiva y de las nuevas formas de regulación que el fabricante de automóviles estaba poniendo en práctica. Desde el acuerdo laboral inicial elaborado en 1993, las normas de organización han cambiado considerablemente. El acuerdo negociado sobre la reducción del tiempo de trabajo, la pérdida de salarios y el número de puestos de trabajo que deben conservarse se ha ampliado con una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo. Bajo la presión de la competencia internacional, que ha obligado a la empresa a rediseñar su proceso de producción, Volkswagen (Alemania) va a reconfigurar gradualmente su mercado laboral interno.

Destacar 4 trabajos de investigadores españoles e hispanoamericanos con citas a nivel internacional: se trata de Vila Tierno, Castro-Conte, Goldin y Moral-Martin y Brunet-Icart.

Vila Tierno (2013) trata en su estudio sobre Flexibilidad laboral, Negociación colectiva, Convenio colectivo y Cláusula de exclusión voluntaria del salario. Nos explica este autor la continua transformación legislativa que enmarca el ámbito laboral, así como analiza en su trabajo la aprobación de importantes reformas en el sistema español de negociación colectiva identificando las tres fuerzas fundamentales que guían dicha transformación. En primer lugar, la definición de una nueva institución resultante de dos preexistentes: el descuelgue salarial convencional (como elemento resultante de la combinación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo más la cláusula de descuelgue salarial); en segundo lugar, la nueva regulación de la articulación y concurrencia

de convenios colectivos; y, en tercer lugar, las perspectivas en cuanto a la duración (y contenido) de los convenios. En opinión de este investigador, estas tres fuerzas conducen a una extraordinaria flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo, que acaba produciendo la supresión de umbrales de protección tradicionalmente considerados como convencionales.

Goldin (2012) por su parte estudia fundamentalmente la Reforma y Contrarreforma laboral en Argentina como proceso pendular. Para ello enmarca su trabajo dentro de las perspectivas dominantes -flexibilidad externa, flexibilidad interna, reducción y variación de costos, relaciones colectivas de trabajo- confirmando un fuerte activismo desregulado en el campo de las relaciones individuales, mientras se verificaba en aquel momento un alto intervencionismo administrativo de sesgo descentralizador con una limitada transformación institucional en las relaciones colectivas. Al final de esa década, ya había quedado claro que esas estrategias no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni sobre el mercado de trabajo argentino.

Castro-Conte (2014) trata diversos asuntos entre otros, el que llama Perea Salarial, también estudia las cláusulas de revisión salarial, la compensación y absorción salarial, o la doble escala salarial. Este autor nos explica cómo la crisis económica en la que se encontraba inmersa España en aquel momento tuvo como consecuencia más inmediata en el ámbito laboral la destrucción de empleo. Esta situación dio lugar a importantes reformas laborales que pusieron a disposición de la negociación colectiva diversos mecanismos de flexibilidad interna destinados a paliar los problemas de empleo existentes. En particular, la variable salarial fue utilizada como uno de estos mecanismos de ajuste o flexibilidad en la negociación colectiva. El objeto de estudio se centró en la regulación de los convenios colectivos con ámbito geográfico en la Comunidad de Madrid en los años comprendidos entre 2010-2011.

Moral-Martin y Brunet-Icart (2021) más recientemente nos hablan en su trabajo sobre Sindicatos, revitalización, representación, afiliación y participación. El objetivo de su análisis es profundizar en la aparición de una serie de organizaciones salariales a las que han denominado Nuevos Movimientos Sindicales (NUM en sus siglas en inglés) enfocando en dos aspectos principales: 1) la cuestión de las asambleas como medio alternativo de organización interna, y 2) la estrategia de afiliación múltiple de los NUM. Parece haberse alcanzado un consenso entre los académicos que estudian las organizaciones sindicales y sobre lo que antes se denominaba “movimiento obrero”, que en demasiadas ocasiones han sido descritos como organizaciones de una época anterior que no interesan a los trabajadores actuales. Por último, los dos comportamientos NUM que han analizado los autores han dado lugar a un medio de negociación a través

de la legislación, que han incluido en la estrategia de acción política, porque es utilizado por estos grupos, como lo demuestran los nombres populares que se dan a las leyes resultantes (Ley Kellys y Ley Riders) y que, en su opinión, debe sumarse a todos los intentos de participar en la negociación colectiva (a nivel sectorial y sobre todo empresarial), y considerarlos como un intento más de defender y mejorar sus respectivas condiciones de empleo.

## H.

### BALANCE, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE FUTURO\*

Del análisis de los textos convencionales se puede concluir, a la vista de la práctica negocial, que se constata que, a nivel práctico, no se concibe la flexibilidad como un todo. Esto es, no se reconoce como una realidad conceptual única, sino, precisamente como adelanta el título de este trabajo, como un conjunto de mecanismos e instrumentos, diversos y variados que cumplen, cada uno de ellos con una función propia e independiente respecto de las demás.

Ello, en cualquier caso, no depende exclusivamente de la voluntad de los negociadores, sino, ciertamente, del diseño legal de la flexibilidad a través de figuras inconexas, separadas, independientes y que no guardan una sistemática en nuestra ordenación legal. Es más, la labor del intérprete la que busca una coherencia interna y un intento de clasificación lógico.

No puede desconocerse, a tal efecto que, sin embargo, entre aquellas herramientas diferentes de flexibilidad existe un nexo de unión. Dicho nexo se presenta a través de dos variables, ya que las distintas fórmulas pueden agruparse bajo dos grandes paraguas: la flexibilidad en atención a la productividad y la flexibilidad en atención a la persona. Mecanismos que, sin tener que ser opuestos, persiguen fines no coincidentes, al menos, en principio.

Aquella configuración legal se completa con lo que hemos reconocido como modelos de flexibilidad interna. Modelos que se corresponden con vías diferenciadas y que hemos venido a llamar articulación general y articulación específica por materias. En el primer caso, es el modo en el que el legislador ordena la

---

\* Parte elaborada por los profesores José Luis MONEREO PÉREZ; Francisco VILA TIERNO; Belén del Mar LÓPEZ INSUA y María Nieves MORENO VIDA.

estructura y relación entre los diferentes instrumentos negociales a partir de su propia relación con la ley. En el segundo caso, se trata, de manera ya absoluta, de enfocar la flexibilidad de un modo completamente parcelado, esto es, por materias de manera separada. Sistema que representa la desconexión entre los distintos tipos de flexibilidad según su ámbito de actuación.

Todo lo anterior nos sitúa, como decíamos, no ante una única flexibilidad interna, sino ante una flexibilidad salarial, horaria, funcional, etc. así como ante una figura de descuelgue, otra de prioridad aplicativa...

Esta conformación se ha traducido en que los convenios colectivos, en cuanto a las cláusulas que abordan la flexibilidad, se conforman como respuestas concretas o planteamientos singulares para cada una de las distintas materias, pero sin que se desprenda, de los mismos, un enfoque general de la reiterada flexibilidad. No parece así que cuando se incluyen cláusulas de flexibilidad se basen en un análisis previo, en términos de política empresarial y gestión de recursos humanos, de lo que debe ser una apuesta a largo plazo y sería por la productividad o por las personas. Eso no quita, sin embargo, que se observen medidas concretas, incluso abundantes, pero sin que se pueda apreciar una visión de conjunto diseñada con carácter previo.

En muchas ocasiones se debe a que, en la práctica, la técnica negociadora opta por ir tratando y cerrando acuerdos parciales de artículos, cláusulas, materias o bloques, de manera que como la flexibilidad puede tener un carácter transversal respecto a varios de ellos, quede difuminada como un todo en favor de soluciones o acuerdos más parcelados. En otros casos, a pesar de no seguir esa técnica, esto es, que se organiza como una negociación más sobre el conjunto del contenido del convenio, tampoco se trasluce que se haya hecho un enfoque de la flexibilidad como concepto unitario.

Es cierto, no obstante, que algo más de conexión se observa cuando se trata de la flexibilidad en atención a las personas que, en un mayor número de ocasiones, tiende a agrupar distintas cláusulas -por ejemplo, en torno a conciliación-, pero sin que ello se llegue a generalizar. De esta manera, puede señalarse que es frecuente que se observen diferentes medidas en diversas cláusulas convencionales separadas y desconectadas entre sí, v.gr. algunas que se vinculan al teletrabajo, otras a la flexibilidad horaria, etc.

Sea como sea, este reflejo disperso de las cláusulas convencionales en materia de flexibilidad se debe, como decíamos, en gran medida a que se proyecta como

un espejo desde la regulación en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, ello no debería condicionar a los negociadores a quienes, a modo de código de buenas prácticas o recomendaciones se les sugeriría hacer lo siguiente:

- un diagnóstico de la situación,
- unas previsiones de desarrollo y crecimiento para los próximos años,
- un análisis de las perspectivas de empleo en el marco del sector o de la empresa.

A partir de tales presupuestos, se debería hacer un diseño completo de la flexibilidad atendiendo a que cada uno de los parámetros de la misma tiene una incidencia en la productividad, de un lado y, de otro, en la paz social y el desarrollo de las personas. En este sentido, resulta mucho más eficiente fijar un objetivo último de flexibilidad que le permita alcanzar los resultados deseados, y medir, a partir de ahí, de manera adecuada y equilibrada, los márgenes en los que se puede mover cada parte respecto de cada una de las herramientas de flexibilidad, durante el proceso negocial, sin que ello ponga en peligro los niveles de productividad pretendidos, de un lado, y de garantía de derechos en un contexto de trabajo decente, de otro.

No obstante, chocamos con dos realidades palpables. De una parte, que ni el tejido empresarial en nuestro país se identifica como el de una generalidad de grandes empresas que puedan o dispongan de medios para planificar de este modo -ni los negociadores en ámbitos muy reducidos- y, de otra parte, que ello quizás fuera posible en términos de actividad sectorial en el que los negociadores cuentan con más posibilidades al respecto. Y, junto a ello, que la propia práctica negocial es la que lleva, en determinadas circunstancias, a modular lo previamente diseñado en un juego de acuerdos y cesiones, previsiones y reformulaciones.

No nos llevan tales reflexiones, sin embargo, a descartar la planificación sugerida ya que resultaría mucho más eficiente el diseño de la flexibilidad y con unos resultados mucho más completos. Y no descartamos que ello sea altamente recomendable, como hemos advertido, en escenarios sectoriales o de grandes empresas. Siendo deseable, en este sentido, que el legislador, como propuesta de *lege ferenda*, contemplase la posibilidad de articular, en el marco del Título III, una estructura de los regímenes de flexibilidad, con reserva al nivel sectorial o incluso al amparo del art. 83 ET, de manera que sirvieran como presupuesto para una regulación convencional ordenada de la flexibilidad interna.

Al margen de esta reflexión general y al hilo de lo señalado anteriormente, es posible, por tanto, extraer conclusiones parciales respecto a cada una de las materias que son objeto de tratamiento en régimen de flexibilidad (articulación

específica), del mismo modo que también pueden señalarse determinadas cuestiones relevantes a los instrumentos de en el marco de la articulación general en la negociación colectiva. De manera breve, se pueden enumerar del siguiente modo:

1.- En primer lugar, es importante destacar que la finalidad de los mecanismos de flexibilidad interna en el ámbito de las relaciones de trabajo es establecer un equilibrio en la pluralidad de intereses subyacentes: intereses privados (empresarios y trabajadores) e interés público (estabilidad del sistema económico, competitividad de las empresas, tutela del trabajo dependiente, paz social). Ello se suele traducir en la formulación de dos grandes principios socio-económicos de relevancia jurídica: el principio de rendimiento y eficacia económica (vinculado a la libertad de empresa) y el principio de estabilidad en el empleo y protección de los trabajadores subordinados.

Es en este contexto donde se sitúan las estrategias de ajuste, reestructuración y flexibilidad laboral. Se trata, en definitiva, de la lucha por los modelos de flexibilidad y competitividad, que cristaliza en la contraposición entre el modelo de flexibilidad defensiva y el modelo de flexibilidad ofensiva en la regulación jurídica del trabajo y de la competitividad.

Frente al modelo de “flexibilidad defensiva” (que fomenta la flexibilidad a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y fuertes desigualdades entre los colectivos de trabajadores), la “flexibilidad ofensiva” tiene como parámetro de referencia la competitividad por el conocimiento, la calidad del empleo y la innovación tecnológica y supone un nuevo compromiso en los lugares de trabajo basado en el intercambio entre, por un lado, la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y competitividad y la calidad del producto y, por otro, diversas garantías y ventajas laborales y de carácter social, que mantiene el carácter “desmercantilizador” del trabajo.

La flexibilidad interna es una de las posibilidades jurídicas para introducir una gestión flexible de la fuerza de trabajo, permitiendo la adaptación de las condiciones laborales al contexto cambiante de las organizaciones productivas (en relación, fundamentalmente, con la delimitación de las funciones, del tiempo de trabajo o de los lugares de trabajo). La flexibilidad interna debe ser una flexibilidad negociada y no una flexibilidad unilateral a través del fortalecimiento del ejercicio directo de los poderes empresariales. También debe ser bidireccional, haciendo compatible el doble objetivo de adaptar la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad cambiante de las organizaciones productivas con las necesidades de la persona del trabajador como opción personal y como ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar.

La flexibilidad interna tendría que ser la medida estrella de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial, que cada vez más aparecen nítidamente como procesos permanentes de adaptación de las empresas a un contexto cambiante. Debería existir una obligación de negociar este tipo de medidas (modificaciones sustanciales, movilidad funcional y geográfica, modificaciones salariales, del tiempo de trabajo, suspensiones contractuales, etc.) con carácter preferente a la adopción de medidas radicales de flexibilidad externa como los despidos individuales y colectivos.

En esa línea trata de avanzar el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, que ha establecido un conjunto de medidas dirigidas a la modernización de las medidas de flexibilidad interna en la línea de una flexibilidad ofensiva, de forma que se pueda avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras.

2.- En segundo lugar, ese escenario de flexibilidad interna otorga a la negociación colectiva un papel determinante.

No se ha revertido la idea central de conseguir la máxima adaptabilidad a las necesidades del mercado, y ello es, precisamente, lo que justifica seguir dejando en manos de las partes negociadoras la regulación, por vía convencional, de un amplio número de materias. El modelo de flexibilidad interna, por tanto, no ha variado en cuanto a su configuración, pero sí respecto al alcance. Esto es, lo que se ha cambiado en esta última reforma laboral ha sido la regulación de determinadas instituciones, de modo que se ha reducido su impacto, pero no se ha eliminado, ni mucho menos, el asentado modelo flexible de las relaciones laborales, fruto de la evolución normativa producida con posterioridad a la redacción original del ET en el año 1980.

La búsqueda del equilibrio entre los intereses empresariales y laborales ante los cambios y la necesidad de adaptación convierte a la negociación colectiva en un instrumento al servicio de la flexibilidad interna. Esa adaptación de los trabajadores a los cambios de condiciones laborales contemplados en la negociación colectiva podría abordarse desde dos puntos de partida distintos: por un lado, desde la función propia u originaria de la autonomía colectiva que tiene por objetivo regular las condiciones de trabajo o empleo de manera consensuada en el momento inicial de la negociación de un convenio colectivo y que forma parte del carácter transaccional del mismo (ejemplo, fijación de la jornada y/o su distribución, el establecimiento de complementos salariales, la determinación del

sistema de clasificación profesional, la polivalencia o el establecimiento de criterios para la promoción o ascensos que serán la base de la posterior movilidad funcional, etc..) y, por otro lado, desde la llamada que se hace a la negociación colectiva para solventar los problemas que puedan surgir cuando se produzcan modificaciones a lo pactado en atención a circunstancias justificadas que eviten la pérdida de empleo. Esta última vertiente, sin embargo, se circunscribe legalmente a vicisitudes como la modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo, el traslado colectivo o la suspensión contractual ante situaciones justificativas extraordinarias, quedando la movilidad funcional fuera del campo de actuación de la flexibilidad negociada, sin perjuicio de que las partes puedan extender dicho instrumento a ese instrumento empresarial.

Así, la denominada flexibilidad interna negociada se fundamenta en la autonomía colectiva que se aprecia cuando la negociación colectiva es llamada por la ley para conseguir un acuerdo que recoja los intereses contrapuestos de los sujetos colectivos en momentos excepcionales o cuando estos sujetos, por sí mismos, intentan alcanzar una solución negociada que, buena o mala, contrarreste la flexibilidad interna unilateral decidida por el empresario. Es, precisamente, la evolución sufrida por esta última la que ha llevado a pensar en la existencia de un nuevo papel de la negociación colectiva que consiste en promover la negociación de medidas de adaptación interna como un medio para conservar los puestos de trabajo, desvelando a esta figura como una alternativa a la destrucción de empleo.

En todo caso, parece unánime la opinión de que la negociación colectiva se alza como el instrumento más adecuado para introducir mecanismos de flexibilidad interna en la empresa, utilizándose instrumentalmente para alcanzar de manera consensuada los mismos objetivos que pretende la ley, es decir, la adaptación de las condiciones laborales para poder conservar los puestos de trabajo y no tener que adoptar otras medidas más drásticas para el trabajador.

En términos generales puede decirse que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva, cuestión distinta es que ésta aproveche todo el espacio que se le concede. Además, no tiene por qué limitarse a las remisiones explícitas, sino que otros extremos que no han sido expresamente abordados en la ley podrían ser directamente abordados por la normativa convencional. Sin embargo, una primera valoración del contenido de la negociación colectiva nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen como novedoso frente a la ley. Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de los elementos de flexibilidad interna, sino que el contenido de ésta, a pesar de lo extenso, carece, en su mayor parte, de elementos significativos. Sea como fuere, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo

se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdeñarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para el trabajador que, de este modo, no debe enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana.

3.- En tercer lugar, el debate actual sobre la flexibilidad interna debe situarse hoy día en el marco de las transiciones tecnológicas, económicas, climáticas-ecológicas, sociales y de género y la regulación y utilización de los mecanismos de flexibilidad interna deben llevarse a cabo en el marco del derecho a un *trabajo decente*, tal como lo establece la OIT, es decir, trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad.

Desde esta perspectiva, la negociación colectiva puede contribuir de manera importante a establecer una “Garantía Laboral Universal” y aumentar el piso de protección social, de forma que los trabajadores puedan disfrutar de derechos fundamentales en el trabajo, un salario adecuado, límites máximos respecto a las horas de trabajo y protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Las medidas de flexibilidad interna negociadas colectivamente pueden permitir ampliar la soberanía sobre el tiempo, de forma que los trabajadores puedan tener una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa, aprovechando la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal además de mejorar la productividad. Mediante la negociación colectiva se pueden establecer medidas reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo. En el marco del derecho a un trabajo decente, la flexibilidad interna no puede estar exclusivamente al servicio de los intereses empresariales ni imponerse unilateralmente. Por el contrario, mediante una flexibilidad interna negociada se trata de implantar incentivos económicos serios, gestionar el cambio tecnológico y organizativo de manera anticipada, proactiva y coordinada, buscar el sostenimiento del empleo y mantener el despido como última medida. Se trata de hacer frente a la realidad socio-económica actual pero situando al trabajador y al trabajo decente en el centro y dotando de verdadero protagonismo a los agentes sociales.

También a través de la negociación colectiva, con el apoyo de las instituciones, las políticas y las estrategias públicas, se puede, y se debe, contribuir a generar un ecosistema de aprendizaje a lo largo de la vida que sea efectivo. En esa línea, el desarrollo de las políticas de formación profesional en la Unión Europea se enmarca dentro de las autocualificadas políticas de flexiseguridad integradas para facilitar la transición al mundo laboral, la adecuación de los desempleados a los puestos de trabajo disponibles y la mejora de las capacidades de las personas. La estrategia global de aprendizaje permanente se configura, así como un “factor de seguridad del empleo y de competitividad de las empresas”,

que forma parte del enfoque integrado de la flexiseguridad. En los convenios más recientes la formación profesional está adquiriendo una especial importancia, poniendo de manifiesto la vinculación de la formación profesional con las necesidades de la empresa y con su competitividad, sin desconocer desde luego que es un derecho del trabajador.

La perspectiva de género debe estar presente también en las medidas de flexibilidad interna que puedan establecerse legal o convencionalmente. Las medidas de flexibilidad pueden ser -y así se viene impulsando legalmente- el mecanismo utilizado para integrar algunas de las necesidades de los trabajadores y el espacio apropiado para impulsar o promover medidas de igualdad y de conciliación profesional y familiar, pero también pueden incidir negativamente sobre la situación laboral de los colectivos más deprimidos, entre los que se encuentran las mujeres.

También son escasos los convenios colectivos que protegen a la mujer directamente en supuestos de traslados colectivos o suspensiones y despidos colectivos (no suelen contemplarse, por ejemplo, medidas que protejan frente a una discriminación indirecta en el establecimiento de retribuciones variables; no se establecen en la negociación colectiva medidas para afrontar los riesgos de que el teletrabajo consolide estereotipos y brechas de género; no suelen establecerse medidas de prioridad de permanencia de las mujeres en los trabajos donde están menos representadas).

Además, es necesario que tanto las normas legales como la negociación colectiva de la flexibilidad en la empresa tengan en cuenta las consecuencias que las medidas de flexibilidad laboral pueden producir en la protección social de los trabajadores. La flexibilidad y las nuevas formas de empleo flexible (la proliferación de empleos atípicos y empleos precarios) hace cada vez más imperiosa la combinación de protecciones sociales en el empleo, en el mercado de trabajo y fuera de éste. Muchos colectivos de trabajadores, como las mujeres, los jóvenes y los mayores, encuentran serios obstáculos para completar una carrera de seguro que les permita acceder a una protección social de calidad y con prestaciones suficientes al reducirse las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas. El sistema público de pensiones tiene que garantizar efectivamente pensiones suficientes y socialmente adecuadas que corrijan la brecha vinculada a trayectorias laborales precarias e inestables y carreras de aseguramiento social insuficientes e irregulares.

4.- Con la movilidad funcional, la negociación colectiva no interviene obligatoriamente con el objetivo de paliar o reducir los efectos que el cambio de

funciones pueda acarrear a los trabajadores o de ofrecer otras alternativas al empleador, sino que su función se limita a la tradicional de regular posibles límites adicionales al ejercicio del poder de dirección del empresario, en este caso, a la decisión empresarial de efectuar cambios de funciones mediante la regulación del sistema de clasificación profesional, de la polivalencia funcional, de la formación o de la propia movilidad funcional.

En este contexto, la necesidad de flexibilidad en los sistemas clasificatorios ha sido, sin duda, un objetivo prioritario y compartido por la patronal y los sindicatos, aunque dicho objetivo no se ha conseguido de manera general, como tampoco se ha generalizado la referencia a la igualdad de géneros en los sistemas clasificatorios y su consiguiente repercusión en la movilidad funcional.

Respecto a la polivalencia funcional, la mayor parte de los convenios colectivos mencionan alguna de la polivalencia funcional o, en su caso, transcriben la prescripción legal.

De manera general puede afirmarse que en la mayoría de convenios colectivos son inexistentes las previsiones de medidas de flexibilidad o adaptación en caso de movilidad funcional y mucho menos la regulación de medidas de flexibilidad negociada con los representantes de los trabajadores para paliar o minorar los efectos de una decisión empresarial encaminada en tal sentido. Ello no supone, sin embargo, la existencia de cláusulas convencionales al respecto, si bien, como decíamos, la mayoría son para reiterar lo previsto por el legislador.

5.- Respecto a la movilidad geográfica, la primera reflexión es que la negociación colectiva la plantea como un fenómeno mucho más amplio que la definida legalmente al amparo del art. 40 ET. Parte de configurar la movilidad geográfica como la alteración del lugar donde se desarrolla el trabajo, y ello incluye tanto supuestos de simple alteración del puesto dentro del centro de trabajo, como situaciones en las que se destina al trabajador a otro centro de trabajo sin que ello suponga alteración del lugar de residencia y, finalmente, los supuestos legales que implican la alteración del lugar de residencia. En este sentido, bajo la rúbrica de movilidad geográfica existen convenios colectivos que incluyen supuestos que podrían incluirse dentro de las facultades ordinarias de dirección del empleador. Si bien, en estos últimos casos, con una regulación diferenciada, se establecen a los efectos de reconocimiento de dietas y su inclusión resulta menos frecuente. Otra cuestión que se observa es la confusión terminológica entre desplazamientos y traslados, pero sin que se creen figuras intermedias o incluso que se traten de supuestos totalmente ajenos.

En cualquier caso, sí resulta conveniente señalar como la negociación colectiva concreta que debe entenderse como cambio de residencia a los efectos de reconocer un traslado. Siendo, en tal caso, el criterio más utilizado el de la distancia en kilómetros entre domicilio y centro de trabajo o éste y el tiempo de desplazamiento, aunque ya en un número significativo de convenios no se contempla como movilidad geográfica, sino como causa justificadora para la percepción de cantidades por tal desplazamiento. En cualquier caso, lo que se trata es de introducir un criterio objetivo de referencia del mismo modo que se establecen diversos requisitos procedimentales para llevar a cabo la movilidad.

Se debe señalar, en este orden, que tiene un especial tratamiento los supuestos de movilidad por interés de la persona trabajadora, siendo más frecuente la regulación convencional en los supuestos de violencia de género, si bien, lo habitual es la reproducción del contenido legal. Poco frecuente y, en su caso, poco novedosa es, sin embargo, la ordenación convencional que a este respecto se refiere a personas con discapacidad.

Por último, dentro de una tónica general de escasa profundización en esta materia en la negociación colectiva -salvo algún ejemplo de mayor desarrollo-, los convenios colectivos suelen referirse a criterios que fijen la prioridad de permanencia, si bien, en su mayor parte se reiteran las referencias legales a los representantes de los trabajadores o a otros colectivos que la ley también señala y solo, en algún caso aislado se introduce alguna previsión más o alguna regla para solventar posibles problemas de concurrencia.

6.- Por otra parte, con relación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la negociación colectiva solo en algunas ocasiones introduce algún elemento clarificador a la hora de considerar como sustancial o accidental la modificación de una determinada condición de trabajo. De este modo, y aunque hay casos que poco añaden o aclaran, encontramos convenios colectivos que expresamente consideran que la modificación de una condición de trabajo, que en principio aparece enumerada en el listado que recoge el artículo 41.1 ET, no tenga carácter sustancial cuando se trate de los cambios o alteraciones de escasa entidad, que expresamente delimita. Otras veces se elude el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET por exigirse en todo caso acuerdo entre el trabajador y el empleador. Finalmente, hay condiciones de trabajo no consideradas legalmente y de forma expresa como sustanciales, pero para cuya modificación los convenios colectivos exigen seguir el procedimiento del artículo 41 ET.

Como elemento destacado, pero absolutamente minoritario, de manera excepcional, se limita la utilización de esta fórmula para garantizar la igualdad de

trato entre mujeres y hombres o se excluyen los cambios no sujetos al acuerdo entre las partes de manera expresa. Si es menos infrecuente, sin embargo, establecer procedimientos alternativos para la modificación aunque, en términos generales, no se suele ordenar tales procedimientos en la negociación colectiva, a pesar de la llamada específica que el art. 41.1 ET incluya en tal sentido.

En otro orden, pero en la misma línea, también es poco habitual encontrar una objetivización de las causas ETOP que justifican o amparan la modificación sustancial, aunque no por ello se pueda desconocer la existencia puntual de convenios que sí lo hacen. En este sentido, sí parece adecuado que el legislador pudiera incidir en una potenciación de esta posibilidad, de manera que se fijara, legalmente, que en el marco del convenio colectivo -mejor en el sectorial- se delimitaran de un modo más preciso las causas atendiendo las circunstancias y características específicas de cada actividad, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica para los operadores. Seguridad jurídica que se pierde, sin embargo, cuando se observa en algunos convenios colectivos como se ignora la distinción legal entre modificaciones de carácter individual y colectivo fijando procedimientos comunes sea cuál sea el carácter de tal modificación.

En cualquier caso, sí ha sido objeto de tratamiento tanto la concreción de los sujetos intervinientes como los mecanismos de solución de discrepancias durante el período de consultas, especialmente la función de la comisión paritaria en estas situaciones (también arbitraje o mediación), aunque se aprecia una sustancial diferencia en la forma de contemplarse en los distintos convenios colectivos que lo incluyen. En común, no obstante, la mayoría, dispone que esta actuación se concreta respecto de las condiciones establecidas en el propio convenio colectivo.

De especial relevancia, la regulación que en materia de indemnización realiza algún convenio al establecer una mejora de la indemnización en los supuestos que la modificación afecte a la jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, en los siguientes términos: *“si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 25 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de 15 meses”*.

En materia de modificación de horarios, cabe destacar la regulación de alguno de los convenios analizados –por ejemplo, el estatal de pastas, papel y cartón-, que, en aquellos supuestos en los que no se hubiera alcanzado un acuerdo, limita la modificación propuesta a que esta sea resuelta por la Jurisdicción Laboral competente. Y en lo que afecta a la materia salarial, cabe señalar que no hay prácticamente regulación específica sobre la modificación sustancial de las retribuciones.

En síntesis, en nuestra opinión, en esta materia la negociación colectiva no ha sido todo lo amplia e intensa que cabía esperar porque la mayoría de los convenios analizados no regulan nada específico en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Otros, remiten a la normativa aplicable o la reproducen literalmente.

7.- En materia salarial la negociación colectiva no utiliza mucho las posibilidades legales para implantar un cierta flexibilidad en la determinación inicial y que siguen predominado los elementos fijos del salario, sin que tampoco sea muy frecuente en los convenios sectoriales -al menos con cláusulas expresas- la remisión al ámbito de empresas, pese a lo pactado en los Acuerdos estatales sobre Negociación Colectiva, si bien sí es esta la opción de algún gran convenio -por ejemplo el estatal de industrias químicas- que, cuando lo hacen, suelen fijar un salario mínimo garantizado para cualquier trabajador del sector.

8.- Las cláusulas convencionales que regulan el tiempo de trabajo responden a la función ordenadora de los agentes sociales a través de la negociación colectiva, que es esencial, puesto que supone la concreción definitiva de ese tiempo que el trabajador está a disposición de la empresa. De este modo, el tiempo de trabajo y la adaptación de la jornada cobran un protagonismo muy significativo como medidas de flexibilidad interna en la empresa y donde la negociación colectiva debe tener un particular protagonismo.

En este sentido, en los convenios negociados a partir de 2020 en adelante, se hace evidente la influencia de las políticas públicas encaminadas al favorecimiento de la conciliación entre la vida laboral y privada; la existencia de herramientas específicas para personas trabajadoras con discapacidad y, en general, un mayor desarrollo normativo tendente a paliar la posible erosión o invasión que pueda ocasionar la jornada de trabajo respecto a otros ámbitos de la vida del trabajador. Al menos en los convenios colectivos que se han podido detectar alguna de las materias señaladas, aunque es cierto que no presentan un avance muy significativo.

En lo que respecta a la respuesta a las necesidades empresariales, se puede apreciar un importante número de convenios que introduce medidas de flexibilidad, en algún caso con un margen muy amplio, pero siendo la medida más utilizada la de la distribución irregular de la jornada.

Podría decirse, en síntesis, que se aprecia como existe una relación directa entre la necesidad organizativa y productiva de la empresa y la flexibilidad horaria, pero también a los aspectos relacionados con la conciliación o necesidades estrictamente personales. Dicha flexibilidad se encuentra del mismo modo,

inexorablemente subordinada al factor productivo, por lo que, existen diferentes sistemas de implantación de flexibilidad horaria recurrentes en los convenios examinados, principalmente a través de:

- La creación de una bolsa de horas flexibles de trabajo. Se pretende facilitar al trabajador la disposición de ciertas horas de su jornada dentro de los márgenes legalmente reconocidos.

- Sistema de compensación de horas extraordinarias.

- Posibilidad de concertar pactos entre el trabajador y la empresa respecto de fórmulas para flexibilidad la jornada laboral.

- Reconocimiento de dicha flexibilidad a determinados trabajadores (víctimas de violencia de género, cuidadores dependientes, conciliación familiar etc.).

Se constata, por tanto, la dificultad para el legislador de la implantación de un régimen de jornada horaria flexible uniforme para todas las empresas, dada la diversidad y heterogeneidad del tejido empresarial español.

- La utilización del trabajo a distancia o del teletrabajo, en su caso, como medida de flexibilidad, por su parte, se puede entender en tres planos distintos: los convenios colectivos que no reseñan nada, los que recogen exactamente lo mismo que establece la ley y los que regulan alguna materia específica relativa al teletrabajo como modalidad específica del trabajo a distancia. En cualquier caso, se presenta una regulación convencional muy escasa que solo parcialmente abordan esta materia y de un modo muy lejano a lo que podría esperarse de una fórmula que se puede entender como en expansión. Sería preciso, por tanto, atender a la importante remisión que la ley hace respecto a la negociación colectiva para la ordenación de muchos de sus aspectos. Sin embargo, los agentes sociales no han apostado por regular más que cuestiones puntuales que no implican cambios sobre la regulación legal y solo alguna mención al cómputo de la jornada o la valoración para su implantación, merece ser destacado entre las muy escasas inclusiones en la negociación colectiva.

- En lo que respecta a los instrumentos que pueden observarse en el marco del Título III ET, en primer término, respecto a la ultraactividad pactada, la fórmula más habitual es la de ampliar la duración del convenio hasta que sea sustituido por uno nuevo, si bien, se echa de menos algún tratamiento específico respecto de las fórmulas de solución extrajudicial en los casos de desacuerdo, elemento que podría ser objeto de un mayor desarrollo en la negociación colectiva. En lo que respecta a la prioridad aplicativa del convenio de empresa es

una opción en retroceso claramente desde la reducción de su campo de acción al eliminarse con la reforma laboral de 2021 la opción de rebajar la cuantía salarial. Por último, con relación al descuelgue convencional, debe señalarse que ha sido una vía cuya utilización ha sido menor a la prevista, y que se ha centrado, esencialmente, en la reducción de salarios. No se incide especialmente en buscar soluciones novedosas en cuanto a las fórmulas de acuerdo para el caso de desacuerdos más allá de los instrumentos negociados de solución extrajudicial de conflictos establecidos de un modo más generalizado, si bien, destaca, en cualquier caso, que la mayor parte de los descuelgues se han producido mediante fórmulas pactadas en los períodos de consulta, destacando, por tanto, la función de la negociación colectiva en este contexto.

En otro orden, podemos concluir que la flexibilidad interna, entendida como flexibilidad negociada, debería ser el instrumento estrella en los procesos de reestructuración y ajuste en las empresas, por las posibilidades que presenta y por ser menos traumática en cuanto a sus resultados que los mecanismos extintivos, por ejemplo. La experiencia de medidas como modificaciones en materia de jornada, movilidad geográfica o suspensiones por la vía de los ERTes, se ha planteado como soluciones exitosas frente a situaciones muy complejas, por lo que entendemos que existe un importante papel de los agentes sociales para reforzar estas figuras a través de la función negociadora en los convenios colectivos. En este sentido, cobran especial protagonismo instrumentos de ordenación como el V AENC. El impulso del legislador en este sentido, debe ser importante, por lo que las modificaciones que pudieran producirse en esta materia tendrían que ser reforzando el papel del acuerdo, de lo negociado y siempre sin perder el umbral del trabajo decente como parámetro básico de referencia mínima.

Por último, es preciso aludir como la negociación colectiva se ha presentado como un instrumento de enorme utilidad para flexibilizar las condiciones laborales de los colectivos que podemos entender como vulnerables, habiendo introducido medidas dirigidas, de una parte, la adaptación o reubicación de personas con discapacidad (delimitando también su ámbito subjetivo) y otras que tienen presente la especial sensibilidad de las mujeres trabajadoras respecto a su mantenimiento en el empleo en escenarios concretos (como el embarazo, la maternidad, lactancia...)

La flexibilidad interna, como corolario, puede entenderse como un instrumento en el que la negociación colectiva resulta crucial. Se presenta como una opción para atender a las necesidades empresariales que, tanto desde un punto de vista estrictamente social, en lo que respecta a su alternativa más garantista frente otras herramientas más agresivas desde el punto de vista del trabajador, como económico, en tanto que favorece la viabilidad de las empresas y el man-

tenimiento del empleo (en una lectura tanto micro, como macro). Pero al tiempo, permite dar respuesta a la irrupción del fenómeno digital y los cambios que exigen los nuevos escenarios de producción y prestación de servicios, a la par que ofrecer alternativas válidas para los colectivos vulnerables, especialmente a la brecha digital. Sea como sea, existe aún un importantísimo margen para que los agentes sociales desarrollen el amplio margen que el legislador le ofrece para actuar en este campo.

9.- La base de datos analizada, que comprende 400 convenios de empresa y sector, revela una notable ausencia de disposiciones relacionadas con la regulación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) y el Mecanismo RED. De hecho, en los convenios colectivos examinados, no se encontraron preceptos relativos a estas cuestiones. Es evidente, pues, que la regulación de los ERTEs y el Mecanismo RED en los convenios colectivos es inexistente, y no refleja la complejidad y especificidad de estas medidas de flexibilidad laboral.

En el caso del Mecanismo RED, en parte, es comprensible: es un nuevo mecanismo presente tras la reforma laboral de 2022. Está en fase embrionaria. Sin embargo, no se llega a entender la falta de inclusión en materia de ERTEs. Lo que es claro es que las cláusulas de los convenios colectivos no están aprovechando adecuadamente las oportunidades de flexibilidad interna que se presentan a través de la negociación colectiva y tendríamos que indagar en los motivos.

En este sentido, cumplir con el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se vuelve esencial para garantizar condiciones laborales justas y equitativas en el ámbito de los ERTEs y el Mecanismo RED. Solo mediante un enfoque proactivo y colaborativo en la negociación colectiva podremos lograr una regulación adecuada y actualizada que promueva el bienestar de los trabajadores y fomente un entorno laboral productivo y sostenible. Por ello, debemos atender al llamamiento a la negociación colectiva para abordar diversos aspectos relacionados con los ERTEs y el Mecanismo RED, como el desarrollo de objetivos y criterios para su implementación, la priorización de medidas de reducción de jornada, la transmisión transparente de información, la propuesta de contenidos formativos, el apoyo a la formación y recualificación de los trabajadores en situación de ERTE, y la consideración de las PYMEs y los procesos de reestructuración empresarial.

Estas cláusulas en los convenios colectivos contribuirán a una regulación más detallada y adaptada a los ERTEs y el Mecanismo RED, en línea con la experiencia vivida durante la pandemia y las necesidades actuales del mercado laboral.

10.- La regulación en los convenios colectivos del trabajo a distancia y el teletrabajo como mecanismo de alivio a las situaciones de crisis empresarial es claramente insuficiente y no refleja la complejidad y especificidad de esta modalidad laboral. Probablemente las cláusulas de los convenios colectivos no están aprovechando adecuadamente las oportunidades de flexibilidad interna que se presentan a través de la negociación colectiva y tendríamos que indagar en los motivos.

Es fundamental que en las futuras negociaciones colectivas se incluyan cláusulas que vayan más allá de la mera reproducción de lo establecido en la LTD. Es necesario abordar las materias en las que esta LTD remite a la negociación colectiva, asegurando así un marco normativo más completo y adaptado a las necesidades de los trabajadores y las empresas, ya que la negociación colectiva es el enfoque más efectivo para regular estas materias.

En este sentido, cumplir con el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se vuelve esencial para garantizar condiciones laborales justas y equitativas en el ámbito del trabajo a distancia. Solo mediante un enfoque proactivo y colaborativo en la negociación colectiva podremos lograr una regulación adecuada y actualizada que promueva el bienestar de los trabajadores y fomente un entorno laboral productivo y sostenible. Por ello, debemos atender al llamamiento a la negociación colectiva para abordar diversas materias relacionadas con el trabajo a distancia, como la identificación de los puestos y funciones aptos para el teletrabajo, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad, la duración máxima del teletrabajo, la jornada mínima presencial, los contenidos adicionales al acuerdo individual, la reversibilidad, la compensación de gastos, los mecanismos de transición, la corresponsabilidad de género, la dotación y mantenimiento de equipos, el uso personal de los equipos proporcionados por la empresa, el derecho a la desconexión, los derechos colectivos de los trabajadores a distancia y las condiciones e instrucciones de uso de los equipos informáticos. Estas cláusulas en los convenios colectivos contribuirán a una regulación más detallada y adaptada al trabajo a distancia y al teletrabajo, en línea con la Ley 10/2021.

11.- Como alternativa a la destrucción de empleo, en caso de concurso de acreedores, las empresas podrán poner en marcha mecanismos de flexibilidad interna como son las suspensiones de contratos y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. La prudente reforma laboral, operada por medio del Real Decreto-Ley 32/2021, trata de potenciar los mecanismos de flexibilidad interna, ante la creciente destrucción de empleo creada por la crisis del COVID-19. Especialmente el sistema RED sectorial al que se le augura cumplir la

función que ya cumplieron las normas de los años 80 para proceder a la reconversión industrial de nuestra nación y que hoy, evidentemente, debe dirigirse a la reconversión digital de las empresas. En el Mecanismo RED la participación de los interlocutores sociales, aun existente, pierde claramente centralidad.

Las dos modalidades que ofrece el mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del empleo (cíclica y sectorial) se presenta como un buen salvavidas que podrá evitar futuros procesos concursales. A este respecto, sólo falta poner en marcha estos mecanismos, tras el acuerdo con el Consejo de Ministros.

Con la reforma laboral de 2021 se esperaba potenciar el papel de los negociadores colectivos y de la Autoridad Laboral, sobre todo en los casos de que la empresa esté pasando por una situación de insolvencia. No se olvide que, con la reforma operada en el año 2012, se les restó bastante capacidad y poder de decisión, llegando hasta el punto de desnaturalizar los procesos de negociación colectiva gestional. Así, por ejemplo, la limitación de la ultractividad del convenio colectivo desnivelaba la negociación entre trabajadores y empresarios, puesto que, si las conversaciones para renovar un convenio finalizado se demoraban más de 12 meses, este dejaba de aplicarse y permitía a la empresa llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Justo, en este punto, la reforma actual introduce algunas mejoras: Primero, se vuelve ahora a la ultractividad del convenio colectivo. Y, segundo, a través del Plan Estratégico de la ITSS 2021-2023 se introducen una serie de modificaciones que pretenden incrementar las competencias que ya se le otorgan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En efecto, en lo que respecta a la “capacidad de la actuación inspectora”, el plan estratégico prevé reforzar la intervención de la Inspección de trabajo en los despidos colectivos, la suspensión de los contratos y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo más lesivas para las personas trabajadoras. De forma que, ahora la Inspección, podrá emitir un informe preceptivo a la Jurisdicción Social cuando operen modificaciones sustanciales en materia salarial (objetivo 17 del Plan Estratégico 2021-2023).

Ciertamente ha habido un intento por mejorar las relaciones de trabajo y mantener el empleo, respetando –eso si- el derecho a la libertad empresarial. Deben de ser aplaudidas todas las medidas introducidas para reducir la temporalidad y la precariedad, aspirando así a garantizar el derecho a un trabajo decente. El problema es que, aunque se refuerzan los mecanismos de flexibilidad interna, no se tocan –sin embargo- otras medidas como son la regulación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Por otro lado, llama la atención el hecho de que no se toque el modelo de negociación colectiva, algo que venía reclamándose desde la devastadora reforma del año 2012 (a excepción del reforzamiento de la ultractividad del convenio colectivo).

12.- Probablemente sea aún muy pronto para poder analizar en su globalidad el impacto económico que la reforma laboral impulsada por el Real Decreto-Ley 32/2021 ha tenido sobre la economía española. No tanto por no haber transcurrido suficiente tiempo para ello sino porque, a falta de un estudio directo sobre el mercado, el sistema estadístico nacional no ha tenido tiempo de surtir de suficientes datos a los investigadores para realizar un análisis más fino. Amén de ello, incluso con esos datos estadísticos no podríamos avanzar más que en un modo descriptivo, aunque con ello se avance mucho, siendo más necesario un estudio econométrico más profundo que separe las causas de las consecuencias.

Con todo, los primeros datos obtenidos permiten ser optimistas con las medidas implantadas. O al menos así parecen percibirlo los agentes sociales en recientes acuerdos que no se hubieran alcanzado en otro contexto menos halagüeño y con otras perspectivas.

Resulta conveniente destacar en este punto que las reformas emprendidas solo atacan parte del problema del mercado laboral español. Y lo hacen, sobre todo, en aquellos aspectos en los que los buenos resultados obtenidos por algunas de estas medidas tomadas de manera excepcional durante la pandemia han ayudado a un apoyo amplio por parte de todos los agentes sociales, sin apenas excepción.

No parece, por tanto, ser suficiente. Y ello porque sin atajar los problemas recurrentes de competitividad de la economía española, que la hacen especialmente vulnerable en períodos de crisis y la aleja del óptimo en tiempos de bonanza, estaremos avanzando, sí, con medidas como las tomadas, pero a un ritmo demasiado lento que nos aleja de la convergencia con los países de nuestro entorno. Como bien señalaban Ruesga y Viñas (2022), *“las reformas, con sus distintas características, inciden, fundamentalmente, en el coste del factor trabajo, y escasamente en su productividad”*.

Debemos entender que quizá no era el momento de una reforma de mayor calado y se ha priorizado aquello sobre lo que había consenso. Quizá. Pero no cabe duda que la reforma “definitiva” debería abordar los temas pendientes más temprano que tarde, creando el marco necesario para un crecimiento para un crecimiento económico sostenible y convergente.

## BIBLIOGRAFÍA FINAL

ALBIOL MONTESINOS, I. (coords.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010.

ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (dirs.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

ALFONSO MELLADO, C.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en VV.AA., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

ALFONSO MELLADO, C.L. Y FABREGAT MONFORT, G.: “El convenio de empresa tras la reforma laboral: proceso de negociación y legitimidad”, en VV.AA. *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2016

ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social* nº 62 (2013).

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La movilidad funcional como medida de flexibilidad interna: clasificación profesional, polivalencia y cambios funcionales”, en VV. AA., *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución a un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares, 2022.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Negociación colectiva y flexibilidad interna: la flexibilidad interna negociada”, en VV.AA. (Dir. J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida): *El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico*, Tomás Jiménez, N. (coords.), Aranzadi, Colección DUO, núm. 1, Cizur Menor, Navarra, 2013.

- ALONSO LIGERO M.D.: “Lactancia y guarda legal”, en Borrajo Dacruz, E. (dirs.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, Edersa, 1982.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, Núm.. Extra 1 (Monográfico), 2022.
- APILLUELO MARTÍN, M.: *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- ARETA MARTÍNEZ, M.: “La lista abierta (*numerus apertus*) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET): no están todas las que son ni son todas las que están”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021.
- ARUFE VALERA, A.: “Preaviso, negociación de buena fe e indemnización en caso de cierre del negocio en los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del derecho español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 6, 2014.
- ARVANITIS, S.: “Modes of Labor Flexibility at Firm Level: Are there any Implications for Performance and Innovation? Evidence for the Swiss Economy”, *Industrial and Corporate Change*, Vol. 14, No. 6, 2005. <https://doi.org/10.1093/icc/dth087>
- ATKINSON, J.: “Manpower Strategies for Flexible Organisations”. *Personnel Management*, Vol. 16, 1984.
- BENAVENTE TORRES M.I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Murcia, Laborum, 2016.
- BLASCO PELLICER, Á.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BOBBIO N.: *Teoria generale del diritto*, Turín (Italia), Giappichelli, 1993.
- BODAS MARTIN, R.: *La jornada laboral*, Dykinson, Madrid 2002. -BOOTH, A.L., DOLADO, J.J. AND FRANK, J.: “Symposium on temporary work. Introduction”, *The Economic Journal*, Vol. 112, No. 480, 2002. <https://doi.org/10.1111/1468-0297.00044>
- BUDD, J.W.: “The Thought of Work in Employment Relations”, *Employee Responsibilities and Rights Journal*, Vol. 25, 2013. <https://doi.org/10.1007/s10672-013-9212-3>

- CALVO GALLEGO F.J. y JUNCO CACHERO M.: “Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad”, en Monereo Pérez, J.L. (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996.
- CALVO GALLEGO F.J. y JUNCO CACHERO M.: “Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad”, en Monereo Pérez, J.L. (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996.
- CALVO GALLEGO Y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La respuesta del derecho del trabajo a la crisis del Covid-19: los ERTES de la emergencia sanitaria”, en VVAA, *Pandemia y derecho: Una visión multidisciplinar*, Llorente Sánchez-Arjona y Martínez-Guijón Machuca, M. Á. (dirs.), Pérez Luño, A. E. (pr.), ed. Laborum, 2020.
- CARDONA RUPERT, M.B.: “Prevención de riesgos laborales en las cooperativas”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001
- CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa” en VV.AA. *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*
- CASTRO CONTE, M.: (2014) “Wage Flexibility in Collective Bargaining in The Community of Madrid”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, Madrid, 2014.
- CAVAS MARTÍNEZ F.: “Maternidad y salud laboral”, *Salud y Trabajo*, núm. 113, 1996.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO: *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra (Suiza), OIT, 2019.
- CROUCH, C.: “Flexibility and security in the labour market: An analysis of the governance of inequality”, *Zeitschrift für ArbeitsmarktForschung*, 43,1, 2010.

- CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, n° 115, 2012.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, MTSS, 1983.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *La Ley*, núm. 23-24/24, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012)
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, *Relaciones Laborales* n° 2, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en VV.AA., dirigidos por I. GARCÍA-PERROTE Y J.R. MERCADER UGUINA, *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2022.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. Extra 0, 2022 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021); (<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>).
- DELSEN, L. E.: *Operating hours and working time: a survey of capacity utilisation and employment in the European Union*, Springer Press, New York (USA), 2006.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral* n° 17-18 de 2012.
- DÍAZ-MAYANS, M.A. AND SÁNCHEZ, R.: “Temporary Employment and Technical Efficiency in Spain”, *International Journal of Manpower*, Vol. 25, No. 2, 2004. <https://doi.org/10.1108/01437720410535981>

- DILLA CATALÁ M.J.: “El derecho a la licencia retribuida por lactancia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989.
- DOLADO, J.J., GARCÍA-SERRANO, C. AND JIMENO, J.F.: “Drawing lesson from the boom of temporary jobs in Spain”, *The Economic Journal*, Vol. 112, No. 480, 2002.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coords.) *et al*: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, CCNCC, 2012.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en VVAA (Escudero Rodríguez, R., coords.) *en La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Los sujetos de los convenios colectivos: representantes unitarios y representantes sindicales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo” en VV.AA, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (coords.), *La negociación en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2012.
- EU-OSHA: *Gender issues in safety and health at work*. Bruselas (Bélgica), European Agency for Safety and Health at Work, 2003
- FABREGAT MONFORT, G: *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Bomarzo, 2016.
- FALGUERA BARÓ, M. A.: “Guía/esquema de la reforma laboral de 2021”, Ciudad del Trabajo, nº 50, enero 2022.
- FALGUERÁ BARÓ, M. A.: *El procedimiento del despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Albacete, Bomarzo, 2015.
- FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Cláusulas de descuelgue empresarial”, en VV.AA., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada 2011.
- FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna»”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2011.

- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Anatomía jurídica del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *IUSLabor*, núm. 2, 2022.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, R.: “Configuración del poder de dirección del empresario: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”, *Revista de Derecho* nº 245, Vol 87, 2019.
- GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012: la nueva regulación de la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Documentación Laboral* nº 95-96 (2012).
- GALA DURAN, C.: “Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2012.
- GALLEGO MOYA, F.: “El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2021, núm. 457.
- GALLO LLANOS, R.: “La modalidad procesal de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna. El art. 138 de la LRJS. Aspectos críticos y soluciones jurisprudenciales tras tres años de aplicación de la ley 36/2001, de 10 de octubre”, en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015, versión digital.
- GARCÍA BLASCO, J.: “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: ¿Una institución para revitalizar la negociación colectiva en el escenario de la crisis económica?”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- GARCIA BLASCO, J.: “Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo (I)”, *Actualidad Laboral* nº 2 de 1988.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2006.

- GARCÍA NINET, J.I.: “A vueltas con el tiempo de trabajo y la productividad o sobre cómo flexibilizar más el tiempo de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004.
- GARCÍA SALAS, A.I.: “Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: ‘operaciones de ajuste’ en las figuras de empresario y trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004
- GARCÍA SERRANO, C.: “Las reformas dirigidas a la flexibilidad interna de las empresas: suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 12, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inamovilidad de las posiciones empresariales durante el periodo de consultas”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2012.
- GIL PLANA, J.: “El despido colectivo: aspectos sustantivos”, en VV.AA, MONTOYA MELGAR, A Y GARCÍA MURCIA, J (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, Civitas, 2012.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en AA. VV., *Los periodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: “Parte cuarta. Los acuerdos de empresa”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (coords.) *et al: Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, Valencia, Wolters Kluwer, 2007.
- GOERLICH PESET, J.M.: “La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo”, *Tribuna social*, núm. 61, 1996.
- GOLDIN, A.: “Labor reform and counter - reform in Argentina simple chronic of a pendulum process”, *Derecho PUCP*, 68, Lima (Perú), 2012.
- GÓMEZ SALADO, M.Á.: “Delimitación del concepto de ‘enfermedad grave’ y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 397, 2016.
- GONZALEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales* n° 115 (2012).

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.y CARRIZA PRIETO, E.: “La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- GOÑI SEIN, J.L.: “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012”, *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ J. y IGARTUA MIRÓ M.T.: *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002
- GORELLI HERNÁNDEZ J.: *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GORELLI HERNANDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral* nº 4 de 2011.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La flexibilidad sobre el tiempo de trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.
- GUINDO MORALES, S.: “El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva: apartado D) Ámbito local”, en AA. VV.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020.
- GUINDO MORALES, S.: “La insuficiencia presupuestaria o extrapresupuestaria como causa de despido objetivo”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 211, 2018.
- GUINDO MORALES, S.: “La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ETOP– tras la irrupción del coronavirus: los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTES–”, en AA.VV.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020.

- GUINDO MORALES, S.: “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.
- GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.
- GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020.
- GUINDO MORALES, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021.
- IGLESIAS OSORIO, B.C.: “Movilidad funcional. Aspectos controvertidos de su regulación”, *IusLabor* 1/2023.
- JIMENO, J.F.: “La Reducción de la Temporalidad”, in García-Pérez, J.L. and Pérez-García, J.J. (Ed.) (2005)., *Cuestiones Claves de la Economía Española, Perspectivas Actuales*, Ed. Centro de Estudios Andaluces, Sevilla (Spain), 2005
- KAHALE CARRILLO, D.T.: “El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020.
- KIROV, V.N. y THILL, P.: “The impact of crisis and restructuring on employment relations in banking: The cases of France, Luxembourg and Romania”, *European Journal of Industrial Relations*, 24(3), Sage, London, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J.: “El nuevo procedimiento negocial tras la reforma 2011 y 2012”, *La Ley*, núm. 1400/2013.
- LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial”, en VV.AA., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*, Editorial Reus, Madrid 2011.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. en “Repensando en la autonomía colectiva “versus” autonomía individual”, en VV.AA., *El sistema de negociación colectiva en España*, Monereo Pérez J.L. y Moreno Vida, M<sup>a</sup>. N. (dirs.), Navarra, 2013, Thomson Reuters Aranzadi.

- LOPEZ AHUMADA, E.: “La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 167 (2014), versión digital.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- LÓPEZ INSUA, B.M Y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conciliación y mediación”, en VV.AA., *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Barcelona, Universidad Oberta de Catalunya (Editorial), 2015.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La cotización a la Seguridad Social como instrumento de recuperación empresarial ante el impacto económico y social ocasionado por la pandemia del COVID-19”, *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, N°235, 2020.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: “Negociación colectiva gestional, flexiseguridad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo en un marco jurídico de reflexión. A propósito de la STJUE (Sala 4ª) de lo Social de 24 de julio de 2015”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2016.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Protección frente al despido ilegítimo de los trabajadores mayores”, VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs.) y Granados Romera, Mª. I y Fernández Bernat, J.A (coords.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Granada, Comares, 2021.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Pérdida de vigencia de los convenios y crisis económica”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, núm. 8 (Dic), 2012.
- LOPEZ TERRADA, E.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva de empresa”, *Documentación Laboral* n° 91 (2011), pág. 63. De igual manera LOPEZ TERRADA, E.: “Articulación y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* n° 9 de 2011.
- LÓPEZ VICO, S.: “Trabajo a distancia y teletrabajo: visibilidad de la mujer en el plano virtual”, en RUIZ ÁLVAREZ, R., MOLINA FAJARDO, M.A. Y HIDALGO FERNÁNDEZ, F. (Eds.): *Ganarse la vida. Género y trabajo a través de los siglos*. Dykinson, 2022.
- LORENTE RIVAS, A.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Prólogo de J.L. Monereo Pérez, Madrid, La Ley, 2009.

- LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada 2011.
- LOUSADA AROCHENA, F.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016
- MANNING, A. AND PETRONGOLO, B.: “The part-time pay penalty for women in Britain”, *The Economic Journal*, Vol. 118, No. 526, 2008.
- MARCOS RAMOS, J.M. Y VILA TIERNO, F.: “¿Constituye el artículo 42 ET una excepción a las reglas de concurrencia de convenios colectivos? (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, número 721/2017, de 19 de abril)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, núm. 48, 2018 (on line).
- MARGINSON, P. y GALETTO, M.: “Engaging with flexibility and security: Rediscovering the role of collective bargaining”, *Economic and Industrial Democracy*, 37(1), 2016. <https://doi.org/10.1177/0143831X14538850>
- MÁRQUEZ PRIETO, A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2016.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: “La relación laboral como relación social”, *Revista CEF*, núm. 382, 2015
- MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO, M. Y VILA TIERNO, F.: “La impugnación ante la jurisdicción social de las medidas de flexibilidad interna”, en VV.AA. *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista: estudio de flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, 2022.
- MARTÍN, C.: *Contratos Temporales y Productividad*, Tesina CEMFI No0005, Banco de España, Madrid (Spain), 2000.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultractividad”, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

- MARTÍNEZ MORENO, C.: *Reforma Laboral*, Madrid, Lefebvre-el Derecho, 2022.
- MASSA-WIRTH, H. y SEIFERT, H.: “German pacts for employment and competitiveness: Concessionary bargaining as a reaction to globalisation and European integration?”, *Transfer-European Review of Labour and Research*, 11(1), Sage, London, 2005.
- MCILROY, R., MARGINSON, P. AND REGALIA, I.: “Regulating External and Internal Forms of Flexibility at Local Level: Five European Regions Compared”, *International Journal of Human Resource Management*, Vol. 15, 2004. <https://doi.org/10.1080/0958519032000158527>
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2012.
- MERCADER UGUINA, J.: “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI. Digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020.
- MERCADER UGUINA, J.R. Y RODRÍGUEZ LEÓN, I.: “La flexibilidad salarial”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “La estructura de la negociación colectiva”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- MIÑARRO YANINI, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 444, 2020.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.<sup>a</sup>: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011” en VV. AA (Escudero Rodríguez, R. (coords.)) *La negociación colectiva en las reformas laborales de 20120, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La flexibilidad interna promovida por las sucesivas reformas laborales”, en AAVV, *La Ley*, 2012.

- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Editorial Reus, Madrid 2011.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales* nº 23-24 de 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N.: “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas Laborales*, Número 160/2021, Monográfico sobre la experiencia competencial en materia laboral y social en la Junta de Andalucía.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Política de empleo y sistema de relaciones laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo”, en *TRABAJO. Revista Iberoamericana De Relaciones Laborales*, 10. (2001). <https://doi.org/10.33776/trabajo.v10i0.180>
- MONEREO PÉREZ, J. L.: El derecho a la negociación colectiva (Estudio del Artículo 37.1 CE), en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.y coords.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 27. Derecho de la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derechos a la información y a la consulta (artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales a los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 120, 201.

- MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al ‘Libro Verde’ de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 16, 2000
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La función de la autonomía colectiva en el escenario postindustrial”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), núm. 5 (2004).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.): *La reforma laboral de 2012-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, salarial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P. Y MARÍN ALONSO, I. (coords.), Granada, Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente””, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015, pp. 27-72.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Artículo 41 del ET)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (coords.), Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*. Laborum. Colección Temas Puntuales, nº 7. Murcia, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N.: “La subrogación contractual a través de la negociación colectiva”, en AAVV: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré* (Cruz Villalón, González-Posada Martínez, Molero Marañón (dirs.), Bomarzo, 2021.

- MONEREO PÉREZ, J.L., Y MORENO VIDA, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y MORENO VIDA, M.N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (coords.), Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 1248 pp.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*; Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022, 939 páginas.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.: “La vigencia y ultractividad de convenios en el marco del modelo constitucional de negociación colectiva”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, ORTIZ CASTILLO, F. (coords.), Murcia, Laborum, 2022.
- MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues”, TE nº 154 (2020).
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *Los grupos de empresas en el derecho del trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de “Flexibilidad” Garantista”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Granada, Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.

- MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La comisión negociadora en la consulta-negociación dentro del procedimiento del despido colectivo: un supuesto atípico europeo ((Análisis de la línea jurisprudencial del Tribunal Comunitario en materia de consulta- negociación colectiva de “gestión” en la institución del despido colectivo))», en *La Ley Unión Europea*, núm. 121, enero 2024.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº31 (2º Trimestre 2022).
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 2 (1er Trimestre 2022).
- MONEREO PÉREZ, J. L., VILA TIERNO, F., ESPOSITO, M, y PERÁN QUESADA, S. (dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, ORTEGA LOZANO, P.G. y RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.(Cords.), Granada, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política europea de “modernización” del derecho del trabajo: la reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El trabajo precario. Segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (coords.): *El trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (artículo 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº130, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El Sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, Monereo Pérez, J.L (Dir), Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo (art. 1 de la Carta Europea Revisada)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MONEREO ATIENZA, C. (dirs.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Comares. Granada 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPOSITO, MARCO Y PERÁN QUESADA, S. (dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Comares, Granada, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El futuro de la negociación colectiva. Las transformaciones estructurales”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPOSITO, M, PÉRÁN QUESADA, S. (dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ÁLMENDROS GONZÁLEZ, M. Á. (dirs.) et al: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 103-211.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La prevención “versus” reparación”, [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), núm. 3, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, [Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica](#), núm. 9, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 9, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en Temas Laborales, núm. 120 (2013), págs. 439-482.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modelo constitucional del Derecho a la negociación colectiva”, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp.77-131.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo individuales y colectivas. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en VV.AA. (dirs. J.L. Monereo Pérez, J. Gorelli Hernández y M.A. Almendros González): Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacia, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales, Comares, Granada, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.), La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico, Ortiz Castillo, F. (coords.), Murcia, Laborum, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Subcontratación empresarial y reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.): La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico, Murcia, Laborum, 2022, pp. 259-372.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del Siglo XXI”, en AAVV: El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: Concertación y diálogo social, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales. Laborum, Murcia, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L (Dir), Triguero Martínez, L.A y González de Patto, R.M (coords.), Modalidades de Extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 34, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L: “Convenio colectivo modificativo y pensionistas (problemas sustantivos y de legitimación procesal)”, en Derecho Vivo del Trabajo y Constitución: Estudios en homenaje al Profesor doctor Fernando Suárez, BORRAJO DA-CRUZ, E., SALA FRANCO, T., y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.(coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2003, págs. 359-394.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, Civitas, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica”, Teoría y Derecho, núm. 13 (2013), págs. 13-64. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/142/139>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: La negociación colectiva en el escenario del año 2000, Madrid, MTAS, 1999.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo”, en *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (2011) pp.20-21. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.2165>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», en AA. VV. CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (coords.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 219 ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Civitas, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho* (pp.XI-CLXIII), Estudio preliminar a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024.
- MONTES ADALID, G. M.: *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- MORALES ORTEGA, J.M.: “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿Una mal entendida flexiseguridad?”, *Temas Laborales* n° 119 (2013).
- MORAL-MARTÍN, D. y BRUNET-ICART, I.: “The Need for Trade Union Revitalisation: An Opportunity for Other Organisational Proposals”, *CIRIEC-ESPAÑA Revista de Economía Pública Social y Cooperativa*, 101, 2021.
- MORENO GENÉ J. y ROMERO BURILLO A.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MORENO VIDA, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1989.
- MORENO VIDA, M.N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AAVV: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009, Vol. 1, 2010.

MORENO VIDA, M.N.: “La función de los grandes Acuerdos Interconfederales”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coords.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*. Puntos Críticos, Granada, Ed. Comares, 1999.

Morikawa, M.: “Labor unions and productivity: An empirical analysis using Japanese firm-level data”, *Labour Economics*, Vol. 17(6), 2010. <http://dx.doi.org/10.1016/j.labeco.2010.02.009>

MUROS POLO, A.: “Trabajo decente y flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.

MUROS POLO, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable*, bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez, y Belén del Mar López Insua, Granada, Universidad de Granada, 2023.  
<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/83089/100725.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

NAVARRO NIETO, F.: “Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva”, *Temas Laborales* nº 107 (2010).

NELEN, A., DE GRIP, A., AND FOURAGE, D.: “Does part-time employment affect firm productivity”, *Occasional Paper Series, Research Centre for Education and the Labor Market*, Maastricht University, The Netherlands, 2009

NICKSON, D.: *Human Resource Management for the Hospitality and Tourism Industries*, Ed. Butterworth-Heinemann (Elsevier), Burlintong (USA), 2007.

OIT: *A Quantum Leap For Gender Equality. For a Better Future of Work For All*, Ginebra (Suiza), Organización Internacional del Trabajo, 2019.

OIT: *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, Ginebra (Suiza), Organización Internacional del Trabajo, 2019.

OJEDA AVILES, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid 2010.

ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. *et al: Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.

- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Cuestiones problemáticas vinculadas a la negociación colectiva”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Murcia, Laborum, 2022.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Los períodos de consultas como instrumentos de regulación de medidas de flexibilidad interna”, en AA. VV.: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista*, Granada, Comares, 2022.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi*, Milano, CEDAM, 2021.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2019.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas a consecuencia del COVID-19: Cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021.
- ORTEGA, B. AND MARCHANTE, A.J.: “Temporary contracts and labour productivity in Spain: a sectoral analysis”, *Journal of Productivity Analysis*, Vol. 34, 2010. <http://dx.doi.org/10.1007/s11123-010-0185-z>
- ORTIZ DE SOLORZANO, C.: “Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas”, en VV.AA., dirigidos por J. Rivero Lamas, *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «outsourcing»*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003.
- ORTIZ LALLANA C.: “Protección social comunitaria de la maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1991.
- PEDRAZA, P., MUÑOZ DE BUSTILLO, R. AND VILLACAMPA, A.: “Determinantes de la Situación Laboral en España: Trabajar a Tiempo Parcial frente a otras Situaciones Laborales”, *Cuadernos de Economía*, Vol. 33, No. 92, 2010. [https://doi.org/10.1016/S0210-0266\(10\)70065-0](https://doi.org/10.1016/S0210-0266(10)70065-0)

- PERÁN QUESADA, S.: “Flexibilidad interna, derechos de conciliación y perspectiva de género”, en Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.
- PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, 2004
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “La reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 14 de 2010.
- POQUET CATALÁ, R: El actual poder de dirección y control del empresario, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: “Registro de jornada y negociación colectiva”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, Número 5/2022.
- QUINTANILLA NAVARRO, Y.: “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 126 (2016).
- RIBES MORENO, M.I.: “La movilidad geográfica y los centros de trabajo móviles o itinerantes: una reflexión sobre los buques en la marina mercante”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 1 de 2016.
- RIVAS VALLEJO P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74 (extra), 2009.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en VV.AA., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Pamplona 1997.
- ROALES PANIAGUA, E.: “La movilidad geográfica colectiva como medida de flexibilidad espacial: procedimiento y preferencias”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Editorial Comares, Granada, 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, Número 6/2021.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. et al, *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 2018.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Flexibilidad laboral interna y seguridad social”, en MONEREO PÉREZ, J.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Comares, Granada 2022.
- RODRÍGUEZ-GUTIÉRREZ, C.: Effects of Temporary Hiring on the Profits of Spanish Manufacturing Firms”, *International Journal of Manpower*, Vol. 28, No. 2, 2007. <http://dx.doi.org/10.1108/01437720710747974>
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (coords.) et al: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Madrid, 1990.
- ROLDAN MARTINEZ, A.: “El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012.
- ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de la movilidad geográfica tras las reformas laborales 2010-2012”, *Revista de Derecho Social* nº 64 (2013).
- ROQUETA BUJ, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- ROQUETA BUJ, R.: *La selección de trabajadores afectados por despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RUESGA BENITO, S.M. Y VIÑAS APAOLAZA, A.: “El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España”, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021.
- RUESGA, S. M., & VIÑAS, A.: La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3(1), 2022. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6850>

- RUIZ SANTAMARÍA J.L.: “La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo”, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral* (Tomo I), Murcia, Laborum, 2018.
- RUIZ SANTAMARÍA J.L.: “Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia”, en Gómez Salado, M. Á. (dirs): *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Murcia, Laborum, 2019.
- RUIZ SANTAMARÍA J.L.: *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MÁRQUEZ PRIETO, A. (coords.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Temas laborales, 2016.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción del contrato de trabajo por incapacidad laboral sobrevenida”, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia*, en GÓMEZ SALADO, M.A. (dirs), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Murcia, Laborum, 2019.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* nº 140 (2017).
- SALA FRANCO, T.: “La revisión del modelo legal de negociación colectiva”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 133-160.

- SANCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en la movilidad geográfica”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 9 de 2014.
- SÁNCHEZ, R. AND TOHARIA, L.: “Temporary Workers and Productivity: The Case of Spain”, *Applied Economics*, Vol. 9, 2000.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El modelo de valoración de la invalidez no contributiva tras las reformas legislativas en cascada”, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social* nº 57 (2012)
- SANGUINETI, RAYMOND, W.: “Límites convencionales a los acuerdos de descuelgue o inaplicación”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014 (recurso electrónico).
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional imputada (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 10, 2021.
- SERRANO GARCIA, J.M.: “Los nuevos requisitos para el desplazamiento de trabajadores. ¿Evitan los abusos en esta materia? Propuestas para una ley”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 190.
- SOLA MONELL, X.: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, en VV.AA., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid 2001.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M (dirs. y coords.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

- SURIA MARTÍNEZ, R.: “Discapacidad y empoderamiento: análisis de esta potencialidad en función de la tipología y etapa en la que se adquiere la discapacidad”, *Anuario de Psicología*, núm. 43 (3), 2013.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919.
- THOEMMES, J.: “Changing organizational rules over a ten-year period: A collective agreement with an automaker in Germany”, *Sociologie du Travail*, Elsevier, París, Francia, 50(2), 2008.
- TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Dapp, Pamplona, 2010.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33 de 2001.
- VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador sucedido*, Barcelona, Atelier, 2016
- VILA TIERNO, F. Y CASTRO MEDINA, R. “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDI 32/2021” en *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, núm.4, 2022.
- VILA TIERNO, F. Y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva en la flexibilidad interna en la empresa”, en VVV.AA. *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Comares, 2022.
- VILA TIERNO, F.: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral*, Granada, Comares, 2017.
- VILA TIERNO, F.: “Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia SJS Madrid núm.12, de 29 de abril 2016 (AS 2017,1762)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.

- VILA TIERNO, F.: “Tiempo de trabajo y desconexión” en VV.AA. *Derecho social de la Unión Europea: avanzando en transiciones justas*, UE-Universidad de León, 2023.
- VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022.
- VILA-TIERNNO, F.: “Flexibilidad Interna a la luz de la Reformulación de la Estructura del Convenio Colectivo después de las subsecuentes Reformas Legales, Causas y Efectos del Decreto Ley 7/2011 al Acta 3/2012”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, Madrid, 2013.
- VV. AA: *La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sucedido una discapacidad en la edad adulta*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.
- VV.AA.: *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Alfonso Mellado, C.L., Almendros González, M.A., Cruz Villalón, J., Esteve Segarra, A., Merino Segovia, A., Monereo Pérez J.L., Muñoz Ruiz, A.B. y Vivero Serrano, J.B. (coords.), Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2018.
- VV.AA.: *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Alfonso Mellado, C.L., Almendros González, M.A., Merino Segovia, A, Sanguinetti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B. (coords.), Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2016
- VV.AA: *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, Madrid, Cinca, 2013.
- VVAA: *La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sucedido una discapacidad en la edad adulta*, Madrid, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015.
- VVAA: Sobre esta materia puede verse la obra colectiva *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Dir. Sánchez Trigueros y González Díaz, Aranzadi, 2011
- WEISE, Michelle: *Long Life Learning: Preparing for Jobs that Don't Even Exist Yet*. Editorial Wiley, 2021.
- WHYMAN, P.B. AND PETRESCU, A.I.: “Workplace Flexibility Practices in SMEs: Relationship with Performance via Redundancies, Absenteeism, and Financial Turnover”, *Journal of Small Business Management*, Vol. 53, 2015. <https://doi.org/10.1111/jsbm.12092>

## WEBGRAFÍA

CES: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2021*, CES, Madrid, 2022, disponible en <https://www.ces.es/memorias> y el *Informe CES 1/2021, La digitalización de la economía*, CES, Madrid 2021, disponible en <https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf/c834e421-ab2d-1147-1ebf-9c86ee-56c44a>

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº 3, 2022. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/7365>

EUROSTA.: varias fuentes, <https://ec.europa.eu/eurostat>

LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, disponible en <https://www.aedtss.com/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral/>, 2022.

MERCADER UGUINA, J. R.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, nº 3, 2022, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6643/5252>

MERINO SEGOVIA, A.: “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la Reforma Laboral 2021” <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, *Temas Laborales*, núm. 76 (2004), pp. 255-285. [https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/05/33\\_720\\_3.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/05/33_720_3.pdf)

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El Acuerdo de 22 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral”, *Iuslablog*, disponible en <https://grupo.us.es/iwpr/2021/12/27/el-acuerdo-de-20-de-diciembre-de-2021-para-la-reforma-laboral/>, 2021.

VILA TIERNO, F.: Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021), Trabajo, Persona, Derecho y mercado, *Iuslablog*, disponible en <http://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/>

VIVERO SERRANO, J. B.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial” disponible en <https://www.aedtss.com/la-supresion-de-la-prioridad-aplicativa-del-convenio-de-empresa-en-materia-salarial/>, 2022.

WEB OF SCIENCE: <https://www.recursoscientificos.fecyt.es/licencias/productos-contratados/wos>, 2023.



La finalidad básica de los mecanismos de flexibilidad laboral interna en el ámbito de las relaciones de trabajo es establecer un equilibrio en la pluralidad de intereses legítimos subyacentes: intereses privados (empresarios y trabajadores) e interés público (estabilidad del sistema económico, competitividad de las empresas, tutela del trabajo dependiente y paz social basada en la articulación entre el crecimiento económico y el progreso social).

La flexibilidad interna debe ser una flexibilidad negociada colectiva/sindical y no una flexibilidad unilateral a través del fortalecimiento del ejercicio directo de los poderes empresariales. También debe ser bidireccional, haciendo compatible el doble objetivo de adaptar la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad cambiante de las organizaciones productivas con las necesidades de la persona del trabajador como opción personal y como ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar. La flexibilidad interna, entendida como flexibilidad negociada, debería ser el instrumento estrella en los procesos de reestructuración y ajuste en las empresas y los cambios que exigen los nuevos escenarios de producción y prestación de servicios, a la par que ofrecer alternativas válidas para los colectivos vulnerables, especialmente a la brecha digital.

La flexibilidad interna puede entenderse como un instrumento en el que la negociación colectiva resulta crucial. Existe un importantísimo margen para que los interlocutores sociales desarrollen el amplio espacio que la Constitución Española y el legislador ordinario le ofrece para actuar en este campo de posible renovación del sistema de negociación colectiva. La práctica negocial —que ha sido analizada exhaustivamente en esta investigación empírica— demuestra la relevancia que paulatinamente están adquiriendo los Mecanismos e Instrumentos de flexibilidad laboral interna en la negociación colectiva. Con ello, se proporciona un estudio útil y de gran interés práctico a todas las partes intervinientes y a los analistas de la negociación colectiva.